This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 056 935 190

Digitized by Google

K.

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ALEXANDER LOEFFLER

Received April 12, 1932

Digitized by Google

System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

(Grundriß und Ausführungen)

von

Dr. Josef Krainz,
ordentlichem Professor der Rechte in Prag.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben und redigirt

von

Prof. Dr. L. Pfaff.

Erster Band: Der allgemeine Theil.

Wien 1885
Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt 7.

Digitized by Google

For IV
K895

APR 1 2 1932

Alle Rechte vorbehalten.

Digitized by Google

Vorwort des Herausgebers.

Nach kurzem, unbedenklich scheinenden Leiden wurde Krainz aus dem Leben abberufen. Seine Familie übersandte mir, seinem langjährigen Freunde und Fachcollegen, des Verblichenen Collegienheft über österreichisches Privatrecht mit dem Ersuchen, zu prüfen, ob und inwiefern dasselbe zur Veröffentlichung geeignet sei, eventuell dieselbe zu veranlassen.

Das Heft — ein alle Gebiete des österreichischen allgemeinen Privatrechtes umfassendes systematisches Lehrgebäude enthaltend — besteht aus etwa zweitausend in der Mitte gebrochenen Quartblättern kleinen Formates; von den so entstandenen vier Octavseiten jedes Blattes enthält die erste und dritte den Text, die zweite und vierte sind für Noten bestimmt, auf welche im Text durch Ziffern, die auf jeder Seite neu mit eins beginnen, verwiesen wird. Die meisten Notenseiten sind mit Noten (oft in sehr kleinen Schriftzügen) angefüllt, und ist es klar, daß sehr viele dieser Noten erst geraume Zeit nach Ausarbeitung des Textes entstanden sind; zuweilen sind die für Noten bestimmten Seiten unbeschrieben geblieben. Größere Partien des Heftes (Hauptstücke, wie deren der allgemeine Theil sechs zählt, oder auch mehrere Hauptstücke zusammenfassende Abschnitte des Ganzen) sind nicht nur durch ein Umschlagblatt und Bindfaden zu einem eigenen Fascikel vereint, sie haben auch ein Inhaltsverzeichniß und meist ein Verzeichniß der in ihnen besprochenen Gesetzesstellen mit Hinweisungen auf das betreffende Blatt, beides freilich vor geraumer Zeit angelegt und daher der letzten Gestalt, welche die Arbeit erhalten hatte, sehr oft nicht mehr entsprechend. Am Ende der Fascikel finden sich regelmäßig eine Anzahl Blätter, als „Anhang" bezeichnet; diese enthalten unter Nummern, auf welche der Verfasser in den Noten Bezug nimmt, unverarbeitete Excerpte aus neuen literarischen Erscheinungen, zuweilen auch eigene, rasch hingeworfene Entwürfe betreffend die Umarbeitung kleinerer Abschnitte des Heftes, oder auch Bedenken und Einwürfe, die er selbst gegen eine von ihm aufgestellte oder recipirte Lehre erhob und zu späterer genauer Erwägung fixirte.

Digitized by Google

Im Ganzen ist das Heft das Ergebniß einer durch mehrere Decennien rastlos fortgesetzten unglaublich fleißigen Arbeit, und es ist sehr zu beklagen, daß es dem Verfasser nicht vergönnt war, sein Werk zu jenem Abschluß zu führen, wie er ihn im Auge hatte. Zwar ist keine Lehre des allgemeinen Privatrechtes unbearbeitet geblieben, aber die vorliegende Bearbeitung ist eine sehr ungleiche. Es finden sich Partien (wie namentlich ein großer Theil des Familienrechtes), die sehr kurz gehalten sind, ja hie und da kleine Abschnitte, die fast nur Schlagworte enthalten; Anderes — weitaus der größte Theil — ist (im Text) in jener Ausführlichkeit vorgetragen, in welcher die an unseren Universitäten für den Vortrag üblicherweise verwendete Zeit es zu lesen ermöglicht; wieder Anderes — die Lieblingsgebiete des Verfassers — nähert sich geradezu monographischer Breite. Nicht selten ist eine bald kleinere, bald größere Partie zwei bis dreimal, ja sogar fünf bis sechsmal bearbeitet, zuweilen sieht man auch nur aus einer Ueberschrift, der keine Ausführung folgt. daß die betreffende Lehre einer neuen Bearbeitung unterzogen werden sollte. Wo mehrere Redactionen vorliegen, gestatten äußere wie innere Kriterien nicht leicht einen Zweifel darüber, welche die älteren und welche die jüngeren seien, wie ja überhaupt aus der überaus gewissenhaften Benutzung der Literatur, sowie der Praxis zwar nicht immer ein sicherer Schluß auf die Zeit der Entstehung des vorliegenden Textes gezogen werden kann, wohl aber daraus hervorgeht, daß der Verfasser bis in die letzten Wochen seines Lebens unausgesetzt bemüht war, ergänzend und bessernd an alle Theile seines Werkes die Hand anzulegen.

Was nun den wissenschaftlichen Werth dieser Arbeit betrifft, so bekenne ich gerne, daß ich vielleicht kein ganz unbefangener Beurtheiler bin — aus mehr als Einem Grunde. Eine Zeit von zehn Jahren, während deren ich in Hermannstadt und Innsbruck mit Krainz in fast täglichem freundschaftlichsten Verkehr stand, hat mich ihn als Menschen, Collegen und Gelehrten ungewöhnlich hoch achten und lieb gewinnen gelehrt; es wird kaum Jemand mit diesem stillen und bescheidenen Manne in nähere Berührung gekommen sein, ohne von seiner Liebenswürdigkeit, Gewissenhaftigkeit, Gründlichkeit, seinem ausgezeichneten Wissen und seinem reifen und besonnenen Urtheil den gleichen Eindruck empfangen zu haben. Krainz und mich verband aber auch noch die schwerwiegende Thatsache, daß unseren Arbeiten durch Unger's epochemachende wissenschaftliche Thätigkeit die gleiche Richtung gewiesen war. In den ungezählten Gesprächen über civilistische Fragen, die wir mit einander führten, sind wir zwar nicht immer einig geworden, in der Regel aber standen unsere Anschauungen nicht weit von einander ab; bald auf dem gleichen, bald auf verschiedenen Wegen gewannen wir die gleichen Ergebnisse, und wieder bald so, daß jeder sie unabhängig von dem andern erreichte, bald so, daß erst gemeinsame eingehende Untersuchung und Be-

Digitized by Google

sprechung uns zur Einigung führte. Insbesondere begegneten wir uns in der gleichen Werthschätzung der Praxis; mit der größten Aufmerksamkeit verfolgten wir die zur Veröffentlichung gelangenden civilgerichtlichen Entscheidungen, freuten uns jeder in denselben hervortretenden, vom Leben aufgeworfenen neuen Frage, und bemühten uns, die mit ihr angeregten, aber über sie hinausgehenden Rechtsgedanken zu finden; so haben wir zahlreiche Rechtsfälle besprochen, und wiederholt gestaltete sich uns aus ganzen Gruppen derselben eine von der herrschenden abweichende, und, wie wir annehmen zu dürfen glaubten, besser begründete Lehre, bis in die kleinsten Details entwickelt durch unsere gemeinsame Arbeit, wenn ich auch ohne Weiteres annehme, daß sein, des erheblich älteren Collegen, Antheil daran regelmäßig der größere gewesen sein mag.*) Und wie innig vertraut Krainz mit dem Geist und Sinn unserer Civilrechtsgesetzgebung war, das habe ich im vollsten Umfang erst begreifen gelernt, als mir die Materialien des b. G. B. zugänglich geworden waren; denn diese haben in mehreren Punkten Anschauungen von Krainz bestätigt, mit denen er ganz allein stand.

Die Prüfung der Papiere hat die günstige Meinung, die ich über Krainz in persönlichem Umgang und aus dem Wenigen, was er selbst veröffentlicht hat, gewonnen, vollauf gerechtfertigt. In denselben ist unter gewissenhaftester Benutzung der einheimischen, wie der gemeinrechtlichen Literatur ein System des österreichischen Civilrechtes aufgebaut, das vor allen ähnlichen Arbeiten, die wir bisher besitzen, das Eine voraus hat, daß es den ganzen gewaltigen Stoff umfaßt, ein System, das, in seinen Hauptzügen übereinstimmend mit der seit mehr als einem halben Jahrhundert von den gemeinrechtlichen Juristen zu Grunde gelegten Ordnung, gleichwohl in seiner Gliederung im Einzelnen vielfach eigenthümlich ist, und schon darin nicht selten eine Förderung der Civilrechtswissenschaft bedeuten und enthalten dürfte. Daraus, daß der Verfasser so manche Lehre, ohne eigentlich Neues zu bieten, sich lediglich den herrschenden Doctrinen anschließend, entwickelt, wird Niemand einer Gesammtdarstellung des Civilrechtes einen Vorwurf machen wollen; selbst wo er der herrschenden Lehre folgt, rückt seine Darstellung nicht selten Seiten in den Vordergrund, die bisher in so helles Licht nicht gestellt waren. Nicht Weniges ist aber durchaus originell oder doch wenigstens für das österreichische Recht literarisch noch nie entwickelt, und eine so umfassende und sorgsame Ausnutzung der veröffentlichten Präjudicate für die wissenschaftliche Bearbeitung unseres Civilrechtes möchte auch noch nirgends zu finden sein. Die Darstellung im Text ist durchaus die einer Vorlesung, sie ist wesentlich auf das Bedürfniß und Verständniß des Studenten berechnet. Allerdings fehlt ihr oft jene letzte Feile,

*) Ich werde nicht unterlassen, seinerzeit bei den betreffenden Lehren im Commentar diesen Krainz gebührenden Antheil hervorzuheben.

Digitized by Google

die sie bekommen hätte, wenn der Verfasser sein Werk hätte druckfertig machen können; auch Widersprüche sind keine seltene Erscheinung, da der Verfasser öfters, bei der Neuredaction eines Abschnittes seine Meinung über eine Frage ändernd, diesen Meinungswechsel wohl an jener Stelle zum Ausdruck brachte, an welcher er ex professo von dieser Frage sprach, keineswegs immer aber auch an den Stellen, wo dies hätte geschehen sollen, die Consequenzen der veränderten Anschauung in sein Heft eintrug.

Hienach war das Ergebniß meiner Prüfung zunächst: Das Werk kann in unveränderter Gestalt (als bloßer Abdruck des Manuscriptes des Verfassers) nicht veröffentlicht werden, aber es enthält Vieles, was der Veröffentlichung durchaus werth ist, ja dessen Nichtveröffentlichung geradezu zu beklagen wäre. So entschloß ich mich denn, dasselbe zu redigiren und zu veröffentlichen, und ging des Weitern nur über das Wie und Wieviel mit mir zu Rathe.

Nicht auch über das Ob. Daß der Verfasser sein Heft nicht nur für die Zwecke seiner Vorlesungen, daß er es vielmehr in der Absicht niedergeschrieben hatte, dessen Inhalt zu veröffentlichen, wußte seine Familie, das war auch mir nicht unbekannt, und es bestätigt es auch die Beschaffenheit des Heftes selbst, das neben dem Text einen Apparat enthält, wie ihn schwerlich Jemand in ein Collegienheft hineinarbeiten wird. Darum bedurfte einer Antwort nur die Frage: In welcher Gestalt und in welchem Umfang soll das Werk zur Veröffentlichung gelangen, da der Verfasser, vom Tode überrascht, darüber keine Verfügung getroffen hat?

Die Antwort fiel mir nicht leicht. Das war freilich klar: So wenig das vorliegende Manuscript unverändert publicirt werden konnte, so gewiß mußten jene Theile der Arbeit veröffentlicht werden, die als selbständige Bearbeitungen der in ihnen besprochenen Lehren zu neuen und beachtenswerthen Ergebnissen gelangen. Die Publication aber auf diese Theile zu beschränken, konnte ich mich nicht entschließen: dabei wäre, was Krainz für die Systematik des Privatrechtes geleistet, verloren gewesen — da doch gewiß ein Bericht aus der Feder eines Dritten, er habe eine bestimmte Lehre abweichend von seinen Vorgängern in einen bestimmten Zusammenhang gestellt, den Eindruck in keiner Weise ersetzen kann, welchen der Einblick in die Entwicklung der neuen Gliederung selbst gewährt —; und nicht minder wären so manche Ausführungen des Verfassers verloren gegangen, die sich nicht so sehr durch die Neuheit ihrer Ergebnisse, als durch die treffliche Art der Darstellung auszeichnen. So schien es denn am zweckmäßigsten, einen Mittelweg einzuschlagen, ähnlich jenem, den Keller bei Bearbeitung seiner Institutionen gegangen war. In einem „Grundriß“ konnte in knapp gehaltenem Auszug der ganze Gedankengang des Werkes im wesentlichen entwickelt, zugleich der vom Verfasser benutzte Apparat hervorgehoben werden, und damit nicht nur die systematische Gliederung in ihr volles Licht

Digitized by Google

treten, sondern zugleich eine vielleicht auch Anderen bei ihren Vorlesungen brauchbare Grundlage geboten werden; in „Ausführungen“ dagegen konnten jene Abschnitte des Werkes zur unverkürzten Darstellung gelangen, die wegen der Neuheit ihres Inhaltes, der Eigenartigkeit der Zusammenstellung oder der Art der Darstellung der Veröffentlichung würdig schienen.

Nach diesem Plane habe ich das Werk gestaltet. Der Grundriß ist von mir formulirt; ich habe mich zwar auch in ihm, so viel möglich, an die Worte des Verfassers angeschlossen, vornehmlich aber nach Kürze gestrebt, und daher, wo der Verfasser sich ganz und gar an die herrschenden Lehren hielt, stark gekürzt, zuweilen mit einem einzigen Schlagwort begnügt. Am kürzesten sind in ihm in der Regel jene Paragraphe gehalten, die in den Ausführungen vollinhaltlich mitgetheilt werden; sie sind auf den ersten Blick an den fetten Paragraph-Zeichen und Ziffern zu erkennen, mit denen sie bezeichnet sind, auch haben sie im Grundriß keine Noten. In den Ausführungen, in welche freilich des Zusammenhanges wegen auch Manches aufgenommen werden mußte, was für sich betrachtet im Grundriß stehen könnte, sind in der Regel die eigenen Worte des Verfassers unverkürzt und unverändert wiedergegeben. Wohl habe ich sehr zahlreiche Veränderungen einzelner Ausdrücke und Wendungen vornehmen zu müssen geglaubt, um Unebenheiten zu beseitigen, die in einem nicht unmittelbar zum Druck bestimmten Manuscript kaum je fehlen dürften; ich habe auch in dem ganzen Buche mit Zugrundelegung der vom Verfasser herrührenden Ueberschriften die Eintheilung in Paragraphe durchgeführt, und in jedem Paragraph den Noten fortlaufende Nummern gegeben, habe hie und da einen Satz, den der Verfasser in den Text aufgenommen hatte, in eine Note gestellt und umgekehrt, ja selbst Widersprüche beseitigt, wo nach dem oben Gesagten nicht zweifelhaft war, was sich als die letzte Auffassung des Verfassers darstellte — aber es braucht kaum gesagt zu werden, daß alle diese Aenderungen den Sinn des vom Verfasser Gesagten nicht berühren.

Etwas weiter mußte meine Redactionsthätigkeit jedoch da gehen, wo eine Lehre in mehreren vom Verfasser herrührenden Bearbeitungen vorlag. Solcher Lehren sind nicht wenige, und die sehr verschiedene Beschaffenheit des Manuscriptes bot hier eigenthümliche Schwierigkeiten. Zuweilen hat der Verfasser, sowie seine Arbeit in der neueren Redaction fortschritt, die entsprechenden Partien der älteren, soweit er sie in die neue verarbeitet oder (da er über eine Frage zu anderer Anschauung gekommen war) nunmehr aufgegeben hatte, durchstrichen, anderes aber, ohne es in der neuen Redaction zu berühren, in der älteren unverändert stehen lassen; regelmäßig aber ist in der älteren Bearbeitung nichts gestrichen, die neuere enthält eine in Form, Inhalt und Gliederung mehr oder weniger von der älteren abweichende Darstellung, aber gar keine oder nur wenige posthume Noten.

Digitized by Google

Daß nun, soweit die Noten der älteren Redactionen nur literarische Nachweisungen, Beziehungen auf Präjudicate u. dgl. enthielten, dieselben vom Verfasser keineswegs als unbrauchbar für die neue Redaction angesehen waren, war leicht genug zu erkennen; wie weit aber andere in der neuen Redaction weder benutzte noch abgelehnte Bestandtheile der älteren stillschweigend aufgegeben, wie weit sie nur zu weiterer Erwägung zurückgestellt waren, läßt das Manuscript nicht erkennen; ich habe mich bei der Entscheidung darüber, ob und wie weit solche Bestandtheile aufzunehmen oder auszuscheiden seien, in erster Linie durch den Inhalt des in die neueste Redaction Aufgenommenen bestimmen lassen; was nach genauer Prüfung dazu nicht paßte, ist weggeblieben. Zuweilen unterstützte mich bei dieser Prüfung die Erinnerung an ein zwischen dem Verfasser und mir über den fraglichen Gegenstand gepflogenes Gespräch, zuweilen auch eine vom Verfasser in einem „Anhang" hingeworfene Bemerkung, die ich dann gleichfalls benutzt habe. In einzelnen Richtungen konnte ich auch ein (freilich nicht das ganze Civilrecht umfassendes) Collegienheft benützen, welches in den Vorlesungen, die Krainz in Prag gehalten hatte, nachgeschrieben und sodann autographirt worden war, und das mir durch freundliche Vermittlung zugänglich gemacht wurde. So oft dasselbe auch im Einzelnen unzuverlässig ist, ja den wahren Sinn arg entstellt — die Gruppirung des Stoffes im Ganzen kann in demselben nicht unrichtig sein, und wenn in ihm (was einige Male der Fall ist) Meinungen, die Krainz im Heft vertreten hatte, unter Widerlegung der von ihm daselbst niedergeschriebenen Begründung, abgelehnt sind und die neue Meinung selbständig begründet ist, so darf wohl geschlossen werden, daß der Verfasser über die in Frage stehenden Punkte wirklich zu einer andern Anschauung gelangt war. Endlich habe ich aus diesem Hefte ersehen können, daß Krainz in seinen Vorlesungen nur den Text seines Manuscriptes vortrug, den Inhalt der Noten aber bei Seite ließ oder nur selten und ganz flüchtig streifte — ein Ergebniß, welches, wenn ich je daran gezweifelt hätte, daß er seine Arbeit zu einem zu veröffentlichenden Buche gestalten wollte, diesen Zweifel beseitigt hätte.

Die Literatur, soweit sie ihm zugänglich war, und ebenso die Praxis, hat der Verfasser bis zu seinem Tode gewissenhaft benutzt und in seinem Hefte notirt. Daß einzelne verdienstliche Bücher vielleicht weniger oft allegirt sind, als man erwarten möchte, hat wenigstens in einigen Fällen seinen Grund darin, daß die einschlagende Partie von Krainz für sein Heft bereits bearbeitet und abgeschlossen war, ehe jene Bücher erschienen; fand er dann des neuen Buches wegen an seiner Arbeit gleichwohl wenig zu ändern, so wurde dasselbe da, wo er nicht zu ändern fand, weniger angeführt als sonst der Fall gewesen wäre. — Meine Absicht war es, als ich die Herausgabe übernahm, Literatur und Praxis bis zum Tage des Abschlusses meiner Arbeit nachzutragen. Ich durfte damals eben hoffen, die

Digitized by Google

Herausgabe rasch vollenden zu können; wäre diese Hoffnung in Erfüllung gegangen, so wäre die Mühe dieser Ergänzung keine bedeutende gewesen, und es wäre dadurch auch nicht viel, was nicht von dem Verfasser herrührt, in das Buch aufgenommen worden; auf diesem ursprünglichen Plane beruht es, daß auf den ersten Bogen ein paar Citate aus älterer und neuerer Literatur in eckigen Klammern stehen geblieben sind, die ich beigefügt habe. Bald aber erwies sich meine Hoffnung als eine trügerische; nicht nur darum, weil sich die Arbeit selbst als eine schwierigere herausstellte, als ich von vornherein angenommen hatte und schon aus diesem Grunde langsamer fortschritt, sondern hauptsächlich darum, weil andere, zum Theil gleichfalls von Pietät gebotene und zwar unaufschiebliche literarische Aufgaben an mich wiederholt herantraten, die mehrere Jahre unausgesetzter Arbeit erforderten. Inzwischen hatte die civilistische Literatur und die veröffentlichten Präjudicate so sehr zugenommen, daß eine erschöpfende Berücksichtigung dieses neuen Stoffes und Stellungnahme dazu nicht nur die Vollendung wieder weiter hinausgeschoben, sondern vielleicht auch zu theilweiser Umarbeitung des Werkes gedrängt hätten, die nicht in meiner Absicht liegen konnte. Aus diesen Gründen ist das Nachtragen der späteren Literatur und Praxis unterblieben.

Dagegen habe ich es für meine Pflicht gehalten, den Lesern dieses Buches das Auffinden der von Krainz benutzten Präjudicate zu erleichtern. Der Verfasser hat sie fast immer nur nach jenen Zeitschriften (sehr selten nach den Sammlungen) allegirt, in denen sie veröffentlicht wurden, da er sie eben schon verwerthet hatte, ehe sie noch in den Sammlungen erschienen. Da gewiß nur den wenigsten Lesern vollständige Exemplare aller unserer Fachzeitschriften fortwährend zur Hand sind, so habe ich die Allegate des Verfassers in den bekannten Sammlungen nachgeschlagen, und die Berufung auf eine der letzteren beigefügt; wo möglich, ist das Allegat zurückgeführt auf die treffliche Sammlung von Glaser, Unger und v. Walther; außer dieser sind benutzt Spruchrepertorium und Judicatenbuch und die Sammlungen civilr. Entsch. von Peitler, Riehl und Schimkowsky, sowie die Sammlung wechselrechtl. Entsch. von Peitler-Krall. War ein Präjudicat in all' diesen Sammlungen nicht zu finden, so ist dies meist bemerkt. Möglich bleibt es, daß eine Entscheidung in einer Sammlung nur darum nicht aufgefunden wurde, weil Datum und Zahl in der Zeitschrift unrichtig angegeben war, in der Sammlung aber berichtigt ist. Doch halte ich für wahrscheinlich, daß meine Angaben durchaus zutreffend sind. Auf alle Fälle habe ich diese Angaben, da ich für sie die Verantwortung trage, als von mir herrührend bezeichnet, indem ich sie in eckige Klammern einschloß. Ebenso habe ich auch, wo das geltende Recht durch Gesetze verändert ist, die Krainz nicht mehr berücksichtigen konnte, durch gleichfalls in eckigen Klammern eingeschlossene Anführungen derselben, Irrungen vorzubeugen gesucht,

Digitized by Google

denen der mit den Gesetzen noch nicht genau Vertraute ausgesetzt wäre. Die zahlreichen Beziehungen des Verfassers auf die ungarische Civilproceß-Ordnung, die er dem Hefte einverleibte, habe ich sammt und sonders weggelassen. —

Ohne Zweifel würde das Buch nach so manchen Richtungen anders geworden sein, als es nun vorliegt, wenn der Verfasser selbst es für den Druck vollendet hätte. Aber auch in der Gestalt, die es nun bekommen hat, wird es, wie ich glaube, von Nutzen sein und den Fachmännern beweisen, wie tüchtig der Verfasser war, der in übergroßer Bescheidenheit und wohl auch, weil er sein ganzes Werk erst in seiner Vollendung veröffentlichen wollte, Decennien an demselben arbeitete und besserte, und dann vom Tode so rasch angetreten wurde, daß seiner Lebensarbeit die Gefahr nahe kam, eine vergebliche zu bleiben. Täuscht mich die Hoffnung nicht, die ich auf den Werth und die Nützlichkeit des Buches setze, so werde ich, so sehr es nur immer möglich ist, die Vollendung des noch erübrigenden zweiten Bandes, des speciellen Theiles, beschleunigen.

Wien im März 1885.

L. Pfaff.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Grundriß.

Seite

Einleitung.

Antrittsvorlesung: Plan und Methode der Behandlung 1
I. Begriff des allgemeinen Privatrechtes §. 1 1
II. Quellen des österreichischen Privatrechtes. A. Des älteren §. 2. B. Des neueren §. 3 1
III. System des allgemeinen Privatrechtes §. 4 5
IV. Literatur des österreichischen allgemeinen Privatrechtes §. 5 . . 6

Allgemeiner Theil.

Erstes Hauptstück: Objectives Privatrecht.
Erster Abschnitt: Entstehung desselben.
Allgemeines §. 6. I. Gesetzesrecht §. 7. II. Gewohnheitsrecht §. 8. III. Juristenrecht §. 9 7
Zweiter Abschnitt: Eintheilung der Privatrechtsnormen §. 10 . . . 10
Dritter Abschnitt: Auslegung und Ergänzung der Gesetze.
Allgemeines §. 11. A. Doctrinelle Auslegung: a) grammatische §. 12. b) logische §. 13. c) Kritik des Gesetzestextes §. 14. B. Authentische Auslegung §. 15. C. Analogie §. 16 . . . 11
Vierter Abschnitt: Anwendung der Rechtsnormen.
I. Begriff und Wirkung §. 17. II. Umfang. A. In persönlicher Beziehung §. 18. B. In zeitlicher Beziehung. 1) Allgemeine Grundsätze §. 19. 2) Hauptfälle §. 20. C. In örtlicher Beziehung. 1) Allgemeine Grundsätze §. 21. 2) Erörterung einzelner Fälle §. 22 15

Zweites Hauptstück: Von den Rechten (im subj. Sinne).
Einleitung §. 23 38
Erster Abschnitt: Wesen der Privatrechte und Verbindlichkeiten.
Erste Abtheilung: Die Rechte.
I. Begriffsentwickelung des subjectiven Rechtes §. 24. Kritik abweichender Begriffsbestimmungen §. 25 39
II. Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht §. 26 . . . 39
III. Prüfung der Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs. A. Auf Familienrechte §. 27. B. Auf die übrigen Personenrechte §. 28. C. Auf das subj. Erbrecht §. 29. D. Auf den Besitz §. 30 . 41
IV. Uebersicht und Eintheilung der Privatrechte §. 31 42

Digitized by Google

Seite

V. Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. A. Im Allgemeinen §. 32. B. Wesen der dinglichen Rechte insbes. §. 33. 1) Inwiefern sind Rechte Objecte dinglicher Rechte? §. 34. 2) Sind Reallasten dingliche Rechte? §. 35. 3) Sind die Bannrechte dingliche Rechte? §. 36. 4) Sind Regalien-, Jagd- und Fischereirechte dingliche Rechte? §. 37. 5) Ist das sog. Nutzungseigenthum auch Eigenthum? §. 38. C. Das Wesen der einzelnen dinglichen Rechte §. 39. D. Persönliche Rechte. Beschränkterer Schutz derselben, auch wenn sie intabulirt sind §. 40. E. Absolute und relative Rechte §. 41. F. Ausnahmsweise Wirkung persönlicher Rechte gegen Dritte §. 42. G. Einheit oder Mehrheit der Forderungen bei einer Mehrheit der zu leistenden Acte? 1) Im Allgemeinen §. 43. 2) Verhältniß der ganzen Obligation zum Anspruch auf die einzelnen Acte §. 44. 3) Insbesondere: Privatmonopole, Bannrechte §. 45. H. Unterschiede der Privatrechte rücksichtlich jener Momente, welche die charakteristischen Merkmale eines jeden Rechtes bilden §. 46 . . . 43

Zweite Abtheilung: Wesen der Verbindlichkeit §. 47 49

Dritte Abtheilung: Das Vermögen §. 48 51

Zweiter Abschnitt: Eintheilung der Rechte.

I. Gebundene und ungebundene Rechte §. 49. II. Selbständige und unselbständige Rechte §. 50. III. Theilbare und untheilbare Rechte §. 51 52

Dritter Abschnitt: Ausübung der Rechte.

I. Wesen der Ausübung §. 52. II. Ausübung durch Stellvertreter §. 53. III. Juristische Bedeutung der Ausübungslehre. A. Hinsichtlich des Besitzes §. 54. B. Hinsichtlich der Eigenthumsbeschränkungen §. 55. C. Hinsichtlich der Ausübungsberechtigung im Allgemeinen §. 56. D. Hinsichtlich der Collision der Rechte §. 57 53

Vierter Abschnitt: Lebensphasen der Rechte und Verbindlichkeiten.

Allgemeines §. 58. I. Erwerbung. A. Allgemeine Grundsätze §. 59. B. Im Besondern: 1) bei ungebundenen Rechten §. 60. 2) bei gebundenen Rechten §. 61. II. Belastung §. 62. III. Aenderung §. 63. IV. Erlöschung. A. Im Allgemeinen §. 64. B. Insbesondere bei gebundenen Rechten und Schulden §. 65 . . . 55

Drittes Hauptstück: Von Personen.

Einleitung §. 66 58

Erster Abschnitt: Physische Personen.

A. Dasein derselben: 1) Anfang der Persönlichkeit §. 67. 2) Ende der Persönlichkeit §. 68 59

B. Die auf die Rechtsfähigkeit Einfluß nehmenden Zustände der Person: Allgemeines §. 69. 1) Modification durch Ehrenminderung §. 70. 2) wegen Straffälligkeit §. 71. 3) wegen Religionsverschiedenheit §. 72. 4) wegen mangelnder Staatsbürgerschaft §. 73. 5) wegen Ordensgelübde §. 74 62

C. Die in Betreff der Handlungsfähigkeit und in anderen Beziehungen relevanten Zustände der Person: 1) Alter §. 75. 2) Geschlecht §. 76. 3) Gesundheit §. 77. 4) Interdiction §. 78. 5) Stand §. 79 63

Zweiter Abschnitt: Juristische Personen.

I. Rechtliche Natur §. 80. II. Rechts- und Handlungsfähigkeit §. 81. III. Entstehung und Erlöschung §. 82 65

Viertes Hauptstück: Von den Rechtsobjecten.

I. Begriff und Eintheilung §. 83 67

II. Verkehrsfähigkeit der Rechtsobjecte: A. Allgemeines §. 84. B. Im

Digitized by Google

Seite

Einzelnen. 1) Vom Gemeingut Aller (res communes omnium) §. 85. 5) Das öffentliche Gut (res publicae) §. 86. 3) Polizeiliche Verkehrsbeschränkungen §. 87 68
III. Juristisch relevante Eigenschaften der Sachen: A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit §. 88. B. Verbrauchbarkeit §. 89. C. Vertretbarkeit §. 90. D. Theilbarkeit §. 91. E. Schätzbarkeit §. 92. 72
IV. Zusammengehörigkeit der Rechtsobjecte: A. Ganzes und Theile §. 93. B. Haupt- und Nebensachen 1) Begriffsentwickelung und Hauptfälle der Accessionen und Pertinenzen §. 94. 2) Rechtliche Bedeutung von Accessions- und Pertinenzqualität §. 95. 3) Erlöschung der Accessions- und Pertinenzqualität §. 96. C. Früchte §. 97. D. Sachgesammtheiten §. 98 78

Fünftes Hauptstück: Von den juristischen Thatsachen.
Einleitung §. 99 80
Erste Abtheilung: Juristische Handlungen.
Allgemeines §. 100 81
I. Von den Rechtsgeschäften insbesondere.
Erster Abschnitt: Hauptarten derselben §. 101 81
Zweiter Abschnitt: Erfordernisse
Erster Titel: Bei Errichtung in eigener Person.
Uebersicht §. 102 82
I. Fähigkeit der Person §. 103 83
II. Der Wille. Uebersicht §. 104. A. Dasein des Willens. 1) Gänzlicher Abgang desselben a) Im Allgemeinen §. 105. b) Wesentlicher Irrthum §. 106. c) Mißverständniß (dissensus) §. 107. 2) Beschränkungen des Daseins des Willens. a) Die Bedingung α) Begriff und Arten §. 108. β) Erfüllung der Bedingung §. 109. γ) Wirkung der Bedingung §. 110. δ) Nothwendige, unmögliche, unerlaubte Bedingungen §. 111. b) Befristung α) Rechtliche Natur §. 112. β) Wirkung §. 113. c) Auflage α) Rechtliche Natur §. 114. β) Wirkung §. 115. B) Freiheit des Willens 1) Einfluß der Furcht §. 116. 2) Einfluß des Motivirrthums §. 117 83
III. Die Willenserklärung. Uebersicht §. 118. A. Gehörige Deutlichkeit §. 119. B. Formmäßigkeit §. 120 94
IV. Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhaltes §. 121 97
Zweiter Titel: Bei Errichtung durch dritte Personen.
Allgemeines §. 122. A. Entstehung des Repräsentationsverhältnisses 1) bei freiwilliger Repräsentanz §. 123. 2) bei nothwendiger Repräsentanz §. 124. B. Umfang der Repräsentationsbefugniß §. 125. C. Wirkung der Handlungen des Repräsentanten §. 126. D. Erlöschung des Repräsentationsverhältnisses §. 127. 100
Dritter Abschnitt: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte. Uebersicht §. 128. A. Nichtigkeit §. 129. B. Anfechtbarkeit §. 130. 107
Vierter Abschnitt: Rechtsgeschäfte allgemeiner Natur.
I. Der Vertrag §. 131 111
II. Die Schenkung. A. Rechtliche Natur §. 132. B. Wirkungen der Schenkung §. 133 112
III. Die Veräußerung §. 134 117
IV. Die Leistung. A. Im Allgemeinen §. 135. B. Von der indirecten Leistung insbes. §. 136 (Zahlungsmandat), §. 137 (Anweisung) 117
II. Von widerrechtlichen Handlungen insbesondere.
A. Rechtliche Natur §. 138. B. Wirkung §. 139 119
Zweite Abtheilung: Die Zeit.
A. Einfluß der Zeit auf die Rechtsverhältnisse überhaupt §. 140.

Digitized by Google

Seite

B. Insbesondere von der Verjährung §. 141. C. Die Zeitberechnung §. 142 121

Dritte Abtheilung: Von den Privilegien.
A. Rechtliche Natur §. 143. B. Wirkung §. 144 123

Sechstes Hauptstück: Schutz der Rechtsverhältnisse.
Einleitung §. 145 126

Erste Abtheilung: Der Selbstschutz §. 146 127

Zweite Abtheilung: Der gerichtliche Schutz.
Einleitung §. 147 129

Erster Abschnitt: Gegenstand des gerichtlichen Rechtsschutzes.
I. Die Klagsansprüche. A. Rechtliche Natur und Eintheilung §. 148. B. Entstehung der Klagsansprüche als solcher §. 149. C. Concurrenz der Klagsansprüche §. 150. D. Erlöschung der Klagsansprüche. 1) Allgemeines §. 151. 2) Von der Verjährung a) Umfang §. 152. b) Erfordernisse α) Möglichkeit der Ausübung §. 153. β) Zeit der Nichtausübung §. 154. c) Hindernisse §. 155. d) Wirkung §. 156 130
II. Die Einreden. A. Rechtliche Natur und Eintheilung §. 157. B. Anwendung der Grundsätze von den Klagen auf die Einreden §. 158 140

Zweiter Abschnitt: Einfluß des Rechtsstreites auf das streitige Verhältniß §. 159 143

Dritter Abschnitt: Einfluß der Entscheidung auf das streitige Rechtsverhältniß.
A. Urtheil §. 160. B. Vergleich §. 161. C. Anerkennung §. 162.
Anhang: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 163 . 146

Vierter Abschnitt: Materiellrechtliche Mittel eines wirksamen gerichtlichen Schutzes.
I. Die Beweisregulirung: 1) Gegenstand des Beweises, Beweislast §. 164. 2) Directer und indirecter Beweis. Vermuthungen §. 165 149
II. Die Regulirung der Parteirollen oder der Besitzesschutz.
Einleitung (Grund des Besitzesschutzes) §. 166 155
Erster Titel: Rechtliche Natur des Besitzes.
A. Begriffsentwickelung §. 167. B. Rechtswirkungen des Besitzes §. 168. C. Subjecte des Besitzes §. 169. D. Objectes des Besitzes §. 170 155
Zweiter Titel: Erwerb des Besitzes.
Allgemeines §. 171 162
I. Erwerb des Sachbesitzes. A. Besitzergreifungsact 1) beim einseitigen Besitzerwerb §. 172. 2) beim zweiseitigen Besitzerwerb §. 173. B. Besitzwille 1) bei eigener Handlung des Erwerbers §. 174. 2) beim Besitzerwerb durch Stellvertreter §. 175 162
II. Besitzerwerb an Rechten. 1) Constitutiver Erwerb §. 176. 2) Translativer Erwerb §. 177 168
Dritter Titel: Verlust des Besitzes.
A. Im Allgemeinen §. 178. B. Im Falle der Besitzesfortsetzung durch Stellvertreter §. 179 169
Vierter Titel: Schutz des Besitzes.
A. Voraussetzungen §. 180. B. Schutzmittel. I. Selbstschutz §. 181. II. Gerichtlicher Besitzesschutz. A. Allgemeines §. 182. B. Besitzesklagen 1) wegen gestörten Besitzes §. 183. 2) wegen entzogenen Besitzes §. 184. C. Provisorische Vorkehrungen im Besitzproceß §. 185.

Digitized by Google

Seite

D. Einreden des Beklagten im Besitzproceß §. 186. E. Wirkung des possessorischen Erkenntnisses §. 187 173

Dritte Abtheilung: Schutzmittel gegen mögliche Rechtsverletzungen.

I. Sicherstellung (Caution) §. 188 178
II. Verbot (Arrest) §. 189 180
III. Retentionsrecht (Zurückbehaltungsrecht) §. 190 180
IV. Einspruch gegen Bauführungen (operis novi nunciatio) §. 191 181

Ausführungen.

§. 17. Begriff und Wirkung der Anwendung der Rechtsnormen 187
§. 23. Einleitung zur Lehre von den subjectiven Rechten 188
§. 24. Begriffsentwickelung des subjectiven Rechtes 189
§. 25. Kritik abweichender Begriffsbestimmungen 193
§. 27. Prüfung der Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf Familienrechte 196
§. 28. Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf die übrigen Personenrechte 201
§. 29. Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf das subjective Erbrecht . 205
§. 30. Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf den Besitz 207
§. 34. Inwieferne sind Rechte Objecte dinglicher Rechte? 209
§. 35. Sind die Reallasten dingliche Rechte? 212
§. 36. Sind die Bannrechte dingliche Rechte? 214
§. 37. Sind Regalien, Jagd- und Fischereirechte dingliche Rechte? . . . 217
§. 38. Ist das sog. Nutzungseigenthum auch Eigenthum? 218
§. 40. Persönliche Rechte. Beschränkterer Schutz derselben, auch wenn sie intabulirt sind 221
§. 41. Absolute und relative Rechte 223
§. 42. Ausnahmsweise Wirkung persönlicher Rechte gegen Dritte 224
§. 43. Einheit oder Mehrheit der Forderungen bei einer Mehrheit der zu leistenden Acte? 226
§. 44. Verhältniß der ganzen Obligation zum Anspruch auf die einzelnen Acte 229
§. 45. Insbesondere Privatmonopole, Bannrechte 231
§. 46. Subjectlose Rechte 232
§. 48. Das Vermögen 234
§. 49. Gebundene und ungebundene Rechte 235
§. 51. Theilbare und untheilbare Rechte 241
§. 53. Ausübung von Rechten durch Stellvertreter 245
§. 54. Bedeutung der Ausübungslehre hinsichtlich des Besitzes 246
§. 55. Bedeutung der Ausübungslehre hinsichtlich der Eigenthumsbeschränkungen 247
§. 57. Bedeutung der Ausübungslehre hinsichtlich der Collision der Rechte . 248
§. 59. Allgemeine Grundsätze von Erwerbung der Rechte 250
§. 60. Insbesondere Erwerbung ungebundener Rechte 255
§. 61. Erwerbung gebundener Rechte 256
§. 62. Die Belastung der Rechte 258
§. 63. Die Aenderung der Rechte und Verbindlichkeiten 259
§. 65. Erlöschung gebundener Rechte und Schulden 260
§. 70. Modification der Rechtsfähigkeit durch Ehrenminderung 262
§. 71. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Straffälligkeit 264
§. 72. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Religionsverschiedenheit . . 265
§. 73. Modification der Rechtsfähigkeit wegen mangelnder Staatsbürgerschaft 266
§. 74. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Ordensgelübden 270
§. 78. Die Interdiction 271
§. 79. Der Stand 272
§. 80. Rechtliche Natur der juristischen Personen 273

Digitized by Google

		Seite
§. 81.	Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen	289
§. 82.	Entstehung und Erlöschung juristischer Personen	297
§. 86.	Das öffentliche Gut (res publicae)	303
§. 88.	Beweglichkeit und Unbeweglichkeit	310
§. 92.	Schätzbarkeit	311
§. 94.	Haupt- und Nebensachen. Begriffsentwickelung und Hauptfälle der Accessionen und Pertinenzen	315
§. 95.	Rechtliche Bedeutung der Accessions- und Pertinenzqualität	321
§. 96.	Erlöschung der Accessions- und Pertinenzqualität	326
§. 97.	Früchte	327
§. 98.	Sachgesammtheiten	330
§. 105.	Gänzliches Fehlen des zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willens im Allgemeinen	335
§. 106.	Wesentlicher Irrthum	338
§. 107.	Mißverständniß	344
§. 110.	Wirkung der Bedingung	345
§. 114.	Rechtliche Natur der Auflage	349
§. 115.	Wirkung der Auflage	350
§. 117.	Einfluß des Motivirrthums	352
§. 123.	Entstehung des Repräsentationsverhältnisses bei freiwilliger Repräsentanz	355
§. 126.	Wirkung der Handlungen des Repräsentanten	359
§. 127.	Erlöschung des Repräsentationsverhältnisses	363
§. 132.	Rechtliche Natur der Schenkung	364
§. 134.	Die Veräußerung	372
§. 135.	Die Leistung im Allgemeinen	375
§. 136.	Das Zahlungsmandat	376
§. 137.	Die Anweisung	384
§. 138.	Rechtliche Natur der widerrechtlichen Handlungen	397
§. 139.	Wirkung der widerrechtlichen Handlungen	409
§. 141.	Von der Verjährung (überhaupt)	414
§. 142.	Die Zeitberechnung	424
§. 148.	Rechtliche Natur und Eintheilung der Klagsansprüche	432
§. 149.	Entstehung der Klagsansprüche als solcher	436
§. 152.	Umfang der Verjährung (der Klagsansprüche)	439
§. 156.	Wirkung der Verjährung	442
§. 158.	Anwendung der Grundsätze von den Klagen auf die Einreden	445
§. 160.	Vom Urtheil	447
§. 162.	Die Anerkennung	453
§. 166.	Der Grund des Besitzesschutzes	456
§. 170.	Objecte des Besitzes	461
§. 172.	Besitzergreifung beim einseitigen Besitzerwerb von Sachen	467
§. 173.	Besitzergreifung beim zweiseitigen Erwerb von Sachbesitz	469
§. 180.	Voraussetzungen des Besitzesschutzes	473
§. 186.	Einreden des Beklagten im Besitzproceß	478
§. 187.	Wirkung des possessorischen Erkenntnisses	481

Druckfehler.

S. 52, Z. 4 von oben, statt §. 49 lies: §. 49.
S. 67, Z. 11 von oben, statt §. 65 lies: §. 88.
S. 93, Z. 11 von unten, statt §. 107 lies §. 117.

Digitized by Google

I.

Grundriß.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Antrittsvorlesung: Plan und Methode der Behandlung.

Der Gegensatz der exegetischen und der systematischen Methode. Vortheile und Nachtheile beider. Ueberwiegender Werth der letzteren.

Savigny in der Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft I. S. 6. Vom Beruf unserer Zeit S. 8 ff. System I. S. XIV f., XVIII., XXVIII., XXXVI ff., 16 ff., 52, 110. Löw Ueber die akad. Lehr- u. Lernweise (1834). Bluntschli Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen S. 69 ff. Perthaler Recht und Geschichte (1843). Welcker im Staatslex. 2. Aufl. IX. S. 533 f. Gerber System S. XIII f. Unger [über die wissensch. Behdlung d. österr. gem. Pr. R. 1853] System I. S. IV. VII f. Keller Pand. S. XXV ff., XXXI f. Ihering Geist 2. Aufl. §. 1. Arnold Recht und Wirthschaft (1863) S. 3—36. Harum Entstehung des Rechtes (1863) S. 4 ff. Lemayer Oesterr. G. Z. 1869 Nr. 87.

I. Begriff des allgemeinen Privatrechtes.

§. 1.

Recht im objectiven Sinne. Öffentliches und Privatrecht (bürgerliches, Civilrecht). Das letztere enthält die Gesammtheit derjenigen eine äußere Ordnung bezweckenden Normen, welche behufs einer gesicherten Befolgung der vom Einzelnen zu realisirenden Zwecke — der Privatzwecke — geschaffen worde sind. Rechte, insbesondere Privatrechte im subjectiven Sinne. Die Legaldefinition des §. 1 a. b. G. B. Ihre Mängel. Besondere Privatrechtszweige im Gegensatz des allgemeinen Privatrechtes.

Puchta Pand. §. 21, 33. Günther in Weiske's Rechtslex. IV. S. 697. Unger System I. S. 2, 3, 5, 219 ff. Berger Krit. Beiträge S. 26. Savigny ystem I. S. 2, 22 f. Ahrens Jurist. Encykl. 1. Aufl. S. 119; in Holtzendorff's Encykl. 1. Aufl. I. S. 45. Röder Grundzüge des Naturrechtes 2. Aufl. S. 173.

II. Quellen des österreichischen Privatrechtes.

§. 2.

A. Des älteren.

In jenen österreichischen Ländern, die einen Bestandtheil des römischen Reiches deutscher Nation ausmachten, galt der Hauptsache nach das auch im

Digitized by Google

Reiche bestehende Privatrecht. Sachsenspiegel und Magdeburger Recht vorzugsweise das Recht von Böhmen und Mähren, Schwabenspiegel das der südlichen Länder Oesterreichs[1]) beeinflussend. Verhältnismäßig unbedeutende Quellen des mittelalterlichen Privatrechtes sind Reichs- und Territorialgesetze (unter diesen namentlich das österreich. Landrecht[2]) aus dem 13. Jahrh.), ferner die durch Privilegien und Verträge begründeten Hof- und Dienstrechte. Vom Landrecht vielfach abweichende Stadtrechte und Statuten (z. B. die Privilegien der Stadt Wien von 1221 und 1278, das Statut von Wien[3]) von 1435, Stadtrechte von Steyer[4]) 1278, Neustadt 13. Jahrh., Innsbruck 1239, Klagenfurt 1338, Brünner Schöffenbuch[5]) 14. Jahrh., Iglauer Stadtrecht[6]) 13. Jahrh., Prager Statuten[7]) 13. und 14. Jahrh. u. s. w.[8]) Den Charakter des Sachen- und Erbrechtes dieser Zeit markirt das germanische Erbgutsystem[9]), wonach das Grundeigenthum mehr als Eigenthum der Familie, denn des Einzelnen betrachtet, der freien Verfügung des letzteren sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall größtentheils entzogen, und nur der selbsterworbene Grundbesitz, sowie die bewegliche Habe als sein freies Eigenthum behandelt wurde; im Familienrechte machen sich die deutschrechtlichen Mundien geltend, das Obligationenrecht unterschied sich von dem heutigen hauptsächlich durch eine reichere Symbolik und durch den Einfluß gewisser socialer Stellungen. — Reception der fremden Rechte. Deutsches Privatrecht. Gemeines Recht. Neben diesem, der vorzüglichsten Quelle des Privatrechtes, die einheimische Gesetzgebung und Gewohnheitsrechtsbildung in der Schaffung particularer, oft von Land zu Land verschiedener Rechtsnormen bis zum Beginn des 19. Jahrh. thätig. Zu erwähnen[10]) insbesondere: Böhmische Landesordnung, gesammelt um 1492, unter Ferdinand I. und II. verändert; mährisches Landrecht, gedruckt 1538; tiroler Landesordnungen 1526, (ein „alle Zweige umfassendes Gesetzbuch") 1532, 1573, 1577, 1603; steirische Landes- und Hofrechtsordnung 1574; niederösterr. Landtafel 1573; oberösterr. Landtafel 1629, Landschrannenordnung des löbl. Herzogthums Krain und der angereihten Herrschaften, Windischen Mark, Möttling, Ysterreich und Karst 1571; Landrechtsordnung des Herzogthums Kärnthen 1577; Landesordnung für Teschen 1573 nebst Herzog Wenzel's Privilegien für die Teschener Landschaft 1572; Landesordnungen für Troppau 1563 und 1592; für Niederösterreich namentlich der Codex Austriacus bis 1770, und für alle deutschen Erbländer (seit Leopold II. auch für Galizien) die amtliche, sog. Justizgesetzsammlung. Das Gewohnheitsrecht aufgezeichnet in dem bei der n. ö. Regierung seit 1550 geführten Motivenbuch und den seit 1554 ebenda geführten Consuetudinarien; in Bernhard Walter's († 1564) Consuetudines Austriae, Suttinger's Consuetud. austriacae ad stylum excelsi regiminis infra Anasum (gedruckt 1662, zuletzt 1718), Nic. Beckmann's Idea juris statutarii et consuetudinarii Styriaci et Austriaci[11]) (1688) u. a.[12])

Im Venetianischen, Dalmatien und Istrien ebenfalls Hauptquelle des geltenden Rechtes das gemeine Recht modificirt durch eigenthümliches Particularrecht.

Digitized by Google

Rechtszustand in Galizien[13]) auffallend ähnlich dem des Königreichs Ungarn. In den meist durch deutsche Einwanderer bevölkerten Municipalstädten Magdeburger Recht und Sachsenspiegel, in subsidium römisches und kanonisches Recht. Im Landrecht (Adelsrecht) das römische Recht nicht anerkannt; maßgebend Rechtsgewohnheiten und Reichstagsbeschlüsse und einige Gesetze von Casimir d. Gr. Vorwaltend in diesem Privatrecht ein dem deutschen und ungarischen ähnliches Erbgut- (Aviticitäts-) System; vollständige Leibeigenschaft der unadeligen Landbewohner.

In Ungarn[14]) bis zum Ende des 15. Jahrh. die Reichsdecrete des h. Stephan und seiner Nachfolger, Gewohnheitsrecht, particulare Statuten und Privilegien. Römisches Recht in hohem Ansehen, jedoch ohne unmittelbare Geltung. Deutschrechtliche Institute schon seit Stephan I. eingebürgert. Decretum tripartitum juris consuet. inclyti regni Hungariae von Stephan Verböcz im Auftrage Ladislaus II. zusammengestellt, auf dem Landtage von 1514 geprüft, und wenn auch ohne ausdrückliche Sanction in Anwendung gebracht. Daneben die Reichstagsbeschlüsse (articuli diaetales), Gewohnheitsrecht und Praxis (Entscheidungen der königlichen und der Septemviraltafel, decisiones curiales). Sog. Planum curiale. In einzelnen Materien kanonisches Recht. Statuten der königlichen Freistädte und anderes Particularrecht. — Grundprincipien des ungarischen Rechtes: Ausschließliche Grundbesitzfähigkeit der Adeligen, grundherrliche Unterthänigkeit des Bauernstandes, Aviticitätssystem; nur in den städtischen Statuten zeitgemäßere Einrichtungen.

Aehnlich der Rechtszustand in Kroatien und Slavonien. In Siebenbürgen[15]) das Tripartitum aufgenommen in das Landrecht der Ungarn und Szekler. Das Landrecht durch besondere Landtagsartikel (approbatae const. von 1540—1653, compilatae const. 1653—1669, articuli novellares seit 1669) vermehrt. Besondere Municipalstatuten der Szekler, der Taxalorte und mehrerer Städte. Im Sachsenlande eigenes Municipalrecht kraft des Andreanischen Freibriefs (1224) und der Bestätigung späterer Könige in Geltung; in den von Stephan Báthori 1583 bestätigten statuta jurium munic. Saxonum zeitgemäß zusammengestellt. Princip der Gleichheit aller vor dem Gesetz und der Freiheit des Grundeigenthums, sowohl vom avitischen Verbande, als von grundherrlichen Fesseln; das römische Recht als Subsidiarquelle anerkannt.

1) Schenk Beitr. z. Gesch. des Civilprocesses in Oesterreich. A. Oesterr. G. Z. 1863 Nr. 100. — 2) Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgesch. 5. Aufl. II. S. 216, Note e, III. S. 347. — 3) Kraut Grundr. des deutschen Priv. R. S. 71 f. — 4) Hofrichter Quellen des steir. Staats- und Privatrechtes S. 9. — 5) Rößler Rechtsdenkmäler Band II. — 6) Rößler a. a. O. u. G. Z. 1853 Nr. 24. — 7) Rößler a. a. O. Bd. I. — 8) Ueber den Inhalt dieser Stadtrechte im Allgemeinen Eichhorn III. S. 302, Note b. — 9) Gerber System §. 81. — 10) Zum Folgenden: Eichhorn IV. S. 417, Note f. S. 418, Note f. h., Kraut S. 101, Winiwarter Bürgl. Recht I. S. 3 ff., Schenk G. Z. 1863 Nr. 153 f. — 11) Vergl. Wagner

Digitized by Google

Oesterr. Wechselrecht 2. Aufl. I. S. 21 ff. — 12) Bes. Vossius Legum et consuet. austr., earum potissimum, quae infra anasum vigent, cum romano jure collatio. 1774; Donner Anleitung zum Kenntniß der österreichischen Rechten 1778; Erklärung des österr. Prov. R. nach den Vorlesungen v. Scheiblein 3. Aufl. 1805; Sonnleithner Handb. d. österr. Rechte, wie sie unter Joseph II. bestehen 1785, 1786; Tiller System d. bürgl. Rechtslehre aus dem sämmtl. röm. Rechte mit Bezug auf die österr. Gesetze 1787—89. — 13) Haimberger Röm. Priv. R. I. §. 31. — 14) Sachsenheim Siebenb. Civilr., Einleitung S. VI; Stubenrauch Comm., 1. Aufl. S. 6 f. Schuler-Pibloy, Siebenb. Rechtsgesch. 2 Aufl. I. S. 70 ff. — 15) Sachsenheim S. IV—XVI.

§. 3.

B. Des neueren.

Veranlassung der Codificationsarbeiten.[1]) Compilationscommission 1753. Instruction derselben. Plan, von Azzoni bearbeitet. Revisionscommission. Azzoni und Holger. Zenker. Entwurf 1767. Auszug aus demselben nach vorgezeichneten Grundsätzen anzulegen befohlen 1772. Erster Theil von Horten 1782 zum Vortrag gebracht, von Kees umgearbeitet und mit Patent 1. Nov. 1786 publicirt: Josephinisches G. B., in den deutschen Provinzen geltend vom 1. Jänner 1787, in Galizien vom 1. Mai 1787. Neuorganisirung der Hofcommission in Gesetzsachen unter Vorsitz Martini's durch Leopold II. Entwurf des ersten Theils 1794, des zweiten und dritten 1795, 1796 zu Ende geführt und eigenen Ländercommissionen und den juridischen Lehrerversammlungen zur Begutachtung übergeben, und sofort mit Pat. 13. Febr. 1797 in Westgalizien (westgalizisches bürgerl. G. B.), mit Hofd. 8. Sept. 1797 in Ostgalizien als Gesetz eingeführt. Neue Prüfung des Entwurfs von einer Hofcommission unter dem Vorsitz Rottenhan's (Ref. Zeiller) 1801—1806. Revision bis 1808. Superrevision unter Zuziehung des Staatsrathes Pfleger [Prüfung im Staatsrath?] Sanction am 7. Juli 1810. Publication durch Pat. 1. Juni 1811 in allen damals zu Oesterreich gehörigen Provinzen (nicht in den Ländern der ungarischen Krone) als allgemeines bürgerliches Gesetzbuch mit Geltung vom 1. Jänner 1812. Aufhebung des bis dahin in Kraft gestandenen allgemeinen Privatrechtes. (Kundm.-Pat. Abs. I—IV.) Hohe Meinung der inländischen Juristen von dem a. b. G. B.[2]) Einführung desselben in den durch den Pariser Frieden wieder und neu erlangten Landestheilen 1814—20, in Krakau, Ungarn, Kroatien, Slavonien, Woiwodschaft Serbien, Temeser Banat, Siebenbürgen 1852 und 1853. Anhang zu demselben. Wiederherstellung des früheren ungarischen Rechtes[3]) unter Aufrechterhaltung gewisser Bestimmungen des österr. Rechtes 1861; fortdauernde Geltung des b. G. B. in Kroatien, Slavonien und Siebenbürgen.

Das im G. B. enthaltene Privatrecht wurde, wo es eingeführt wurde, als exclusiv geltendes eingeführt; weder wurde es selbst ein subsidiäres (wie das A. L. R. in Preußen), noch kann das vor dem b. G. B. in

Digitized by Google

Geltung gestandene Recht als ein subsidiäres angesehen werden (wie in Baiern). Die ursprüngliche Absicht, die Provinzialstatuten zu sammeln (§. 11 b. G. B.), später aufgegeben (Hofd. 13. Juli 1811). Neben dem G. B. aber Fortbestand des älteren besonderen Privatrechtes (Militärprivatrecht, Handels-, Wechsel-, Berg- und Lehenrecht. Kundm.-Patent, Abs. VII. b. G. B., §. 359, 511, 1043, 1277, 1292). Ebenso der bestehenden politischen, Cameral- und Finanzgesetze, auch soweit sie das Privatrecht berühren (Kundm.-Pat. Abs. VIII). — Nachtragsverordnungen (Justizgesetzsammlung, politische Gesetzsammlung, Provinzialgesetzsammlungen, Reichsgesetzblatt, Landesregierungsblätter. — Privatsammlungen). Der deutsche Text des G. B. der authentische (Kundm. Pat. Abs. X.). Zu beachten, daß bei der Redaction des G. B. die Weisung gewissenhaft befolgt wurde „so viel möglich, das bereits übliche Recht beizubehalten, ... das gemeine Recht und die besten Ausleger desselben sowie auch die Gesetze anderer Staaten zu benutzen".

1) Zeiller Jährl. Beiträge zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft I. 1806, S. 1 ff.; Unger System I. S. 5 f.; Harrasowsky Gesch. der Codif. des österr. Civ. R. 1868 (darüber Harum G. Z. 1868 Nr. 94). [Dazu noch Pfaff in Grünhuts Zeitschrift II. S. 254—317; Pfaff und Hofmann Comm. I. S. 8—35.] — 2) Vgl. Wiener Converf.-Lex. VII. S. 287: „das in Oesterreich bestehende b. G. B. . . . ist anerkannt bisher das größte Meisterwerk der Welt in diesem Zweige der Gesetzgebung". — 3. A. D(auscher) Das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Judexcurialconferenz 1861.

III. System des allgemeinen Privatrechtes.

§. 4.

Die übersichtliche Darstellung der Rechtsverhältnisse als solcher erfolgt am zweckmäßigsten in der von den heutigen Romanisten befolgten Weise. Man vereinigt die bunte Menge der concreten Rechtsverhältnisse je nach ihrer Gleichheit zu einem Rechtsverhältnisse in abstracto, mehrere solche nach ihrer Zusammengehörigkeit zu einem Rechtsinstitut, stellt die Rechtsinstitute geringerer Ordnung unter ein Rechtsinstitut höherer Ordnung, und gibt so in gewissen Hauptgruppen eine Uebersicht der Gesammtheit der einzelnen Rechtsinstitute und Rechtsregeln. Hauptgruppen: Vermögensrecht und Familienrecht, ersteres gleichzeitig und successiv. Das gleichzeitige umfaßt Sachen- und Obligationenrecht, das successive das Erbrecht. Angemessenste Reihenfolge: Sachen-, Obligationen-, Familien-, Erbrecht unter Voraussschickung eines allgemeinen Theiles, der die Lehre vom objectiven und subjectiven Recht, von den Personen, von Sachen, von juristischen Thatsachen und vom Schutz der Rechtsverhältnisse enthält. — Abweichend hievon das trichotomische System des b. G. B. §. 14: Personenrecht, Sachen- (Vermögens-) Recht und die denselben gemeinschaftlich zukommenden Bestimmungen — alles das gedacht nicht als ein

Digitized by Google

System der Privatrechtsinstitute, sondern der Privatrechte. Die Mängel dieses Systems.

Savigny System §. 58. Unger Syst. I. S. 210—229. Ihering Geist II. S. 359 ff., 384 ff. [Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse.]

IV. Literatur des österreichischen allgemeinen Privatrechtes.

§. 5.

Vesque v. Püttlingen Darstellung der Literatur des österr. a. b. G. 1827. Damianitsch Die Literatur des a. b. G. B. im Auszuge verfaßt 2. Aufl. 1852. Unger in Schletters Jahrbuch I. S. 353 ff. [System 4. Aufl. Bd. I. Anhang S. 635 ff. Pfaff und Hofmann Comm. I. S. 59 ff. Excurse I. S. 86 ff.]

Digitized by Google

Allgemeiner Theil.

Erstes Hauptstück: Objectives Privatrecht.

Erster Abschnitt.

Entstehung desselben.

§. 6.

Allgemeines.

Urquelle des Privatrechtes ist das allgemeine Rechtsbewußtsein — sein historisch erstes Organ die Gewohnheit; dazu tritt das Ansehen der Gerichte als besondere Art der Rechtsgewohnheit (Gerichtsgebrauch, Juristenrecht); endlich schaffen die Staatsgewalt und in engeren Bezirken autonome Repräsentanzen Rechtssätze (Gesetze, Statuten) mit bindender Kraft für Dritte.

I. Gesetzesrecht.

§. 7.

Gesetz im weiteren Sinne ist die von der hiezu berufenen Gewalt im Staate ausgegangene allgemein bindende Rechtsnorm. Diese Gewalt kann entweder die Staatsgewalt oder kraft Autonomie ein Bezirk, Commune, Corporation u. dergl. sein, die durch ihre Repräsentanz einseitig Normen erlassen (Statuten). Das Gesetz muß von der dazu berufenen Gewalt ausgehen und publicirt (kundgemacht) sein, und zwar in festbestimmter Weise, von der, wenn sie stattgefunden hat, angenommen wird, daß die Kundmachung Jedermann zugekommen sei. Daß die Kundmachung stattgefunden hat, muß der Richter von Amtswegen wissen. Die Kundmachung ist eine „gehörige" (§. 2. b. G. B.), wenn sie in der gesetzlich bestimmten Form geschehen ist. (Pat. 4. März 1849 Nr. 153, 27. Decbr. 1852 Nr. 260, 1. Jänn. 1860 Nr. 3, Gesetz 10. Juni 1869 Nr. 113 R. G. B.) Damit sind andere für zweckdienlich erachtete Kundmachungsarten nicht ausgeschlossen. — Die Einwendung der Unkenntniß des Gesetzes ist nach seiner Kundmachung aus-

Digitized by Google

geschlossen. Die diesfälligen billigen Ausnahmen des römischen Rechtes kennt das österreichische nicht. Wohl aber hat es Ausnahmen im Falle der §§. 1431 (cf. Cod. civ. a. 1235, 1376—1381), 326 b. G. B. und ebenso in jenen Fällen, in welchen der Irrthum auf die Giltigkeit von Rechtsgeschäften Einfluß hat[1]); arg. (nicht §. 1431 und 326, welche Ausnahmsgesetze sind, sondern) §. 572 und 871 verb: „Irrthums".

In Oesterreich bilden nur die von der Staatsgewalt verfassungsmäßig erlassenen Gesetze eine Quelle des allgemeinen Privatrechtes. Die einzelnen Ländern oder Gemeinden verliehene Autonomie dehnt sich nicht auf das Recht aus, ohne Zustimmung des Landesfürsten Privatrechtsgesetze zu geben.

1) Wenn A seinen Bruder B erweislich nur aus dem irrigen Motiv, weil er ihn für einen Notherben hielt, letztwillig bedachte, wie auch, wenn A dem B dessen Jagdgewehr unter der fälschlichen Angabe abschwatzte, daß der Besitz solcher Gewehre untersagt und strafbar sei, wird das Geschäft wegen Rechtsirrthums angefochten werden können. (Vgl. E. G. Z. 1867 Nr. 39 [= Sammlung VI. 2734.])

II. Gewohnheitsrecht.

§. 8.

Gewohnheitsrecht ist das in der Volksüberzeugung lebende, durch fortdauernde Uebung (Gewohnheit) sich manifestirende ungeschriebene Recht. Die Gewohnheit selbst ist nicht der Entstehungsgrund, sondern die Erscheinungsform dieses Rechtes[1]) oder ein Beweismittel desselben.[2]) Gewohnheit im vulgären Sinne, worin sich eine Rechtsüberzeugung nicht ausspricht, und Rechtsgewohnheit, die der Ausdruck eines bestimmten Rechtssatzes ist. §. 10 b. G. B. scheint in seiner allgemein lautenden Fassung der Regel nach beide ausschließen zu wollen; dagegen aber Kundm. Pat. Abs. IV.[3]) Kein Fall im G. B. selbst (anders Kais. Verordnung 29. Jänner 1855 Nr. 23 und Min. V. 31. März 1855 Nr. 58 R. G. B.) zu finden, in welchem es sich auf Rechtsgewohnheiten beriefe; die Berufungen in §§. 389, 390, 501, 549, 1029, 1109 u. a. betreffen nur gemeine Gewohnheiten. Das Gewohnheitsrecht ist daher keine Quelle des allgemeinen Privatrechts. §. 10 gilt auch für die besonderen Privatrechtszweige, in denen aber Berufungen auf Gewohnheitsrecht allerdings vorkommen.

Gemeine Gewohnheiten können bei Entscheidung einer Streitfrage insofern von Einfluß sein, als sie entweder das Maß einer bestimmten Verbindlichkeit oder das Interpretationsmittel für den Willen der Parteien abgeben.[4]) In ersterer Richtung ist es — abgesehen von den vom Gesetze bezeichneten Fällen und besonderen Verordnungen — nicht gestattet, sich auf Gewohnheiten zu berufen, weil sie immerhin einen willkürlichen Maßstab bilden; im letzteren Falle steht §. 10 cit. ihrer Berücksichtigung nicht im Wege, weil bei der Interpretation von Geschäften auf alle jene Umstände Rücksicht genommen werden darf, aus denen auf den wahren Willen der Parteien geschlossen werden kann. (§. 558, 655, 683, 914 u. a. b. G. B.).[5])

Digitized by Google

1) Puchta Pand. §. 11. Vangerow Pand. §. 141. Savigny Syst. I. S. 35. Salza in Weiske's Rechtslex. IV. S. 837. Anders Unger Syst. I. S. 37. — 2) Vangerow a. a. O. vgl. Savigny S. 35 f. 181 ff. Harum Entstehung des Rechts (1863). Adickes z. Lehre von den Rechtsquellen (1872). — 3) Vgl. Unger I. S. 40. — 4) Nur letzteres betont Unger der revid. Entw. S. 17. Ein Beispiel ersterer Art wäre, wenn über die Auftriebszeit des Viehs oder über den Begriff eines luxuriösen Leichenbegängnisses der Ortsgebrauch als Maßstab angenommen würde. — 5) Vgl. die oberlandesgerichtliche Entscheidung G. Z. 1866 Nr. 78. [S. 312.]

III. Juristenrecht.

§. 9.

Das sog. Juristenrecht im weiteren Sinne, d. h. das durch das Ansehen der Rechtsgelehrten sich herausbildende „Recht" ist überhaupt nicht Quelle des Privatrechtes, da die auf blos doctrinärem Wege gewonnenen Rechtssätze nur durch das Gewicht innerer Gründe Anspruch auf Geltung haben.[1]) Dasselbe gilt von der communis doctorum opinio, die ihre Autorität auf die Uebereinstimmung der Rechtsgelehrten stützt. Im engern Sinne heißt Juristenrecht das durch das Ansehen der Gerichte, welche die in früheren Fällen getroffenen Entscheidungen (Präjudicien) auch auf spätere gleiche Fälle anwendeten, zur Geltung gelangte Recht. Mehrere gleichförmige Entscheidungen bilden einen Gerichtsgebrauch. Auch dieses Juristenrecht als bloße Species des Gewohnheitsrechtes ist keine besondere Rechtsquelle[2]) — in Oesterreich (§. 10) überhaupt nicht Rechtsquelle (§ 12 b. G. B.: „Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes."[3]) Auch nicht die Urtheile der höheren Instanzen für die untergeordneten Gerichte — sie sind für diese über den individuell entschiedenen Fall hinaus unverbindlich. Das Gleiche gilt von den „in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen", d. h. hier den von anderen als richterlichen Staatsorganen erflossenen Entscheidungen über privatrechtliche Ansprüche (z. B. §. 1044 b. G. B.), oder zwar von den Gerichten aber ohne vorläufigen Proceß (z. B. in Vormundschaftssachen) ausgegangenen Verfügungen.

Quelle des österr. allgemeinen Privatrechtes ist also nur das Gesetz.

1) So Unger Syst. §. 6, Keller Pand. §. 1 u. 4, Harum a. a. O. S. 18, 19, 26, Bekker Aktionen II. S. 248 gegen Puchta Gew. R. I. S. 161 f., II. S. 14 f. u. A. — 2) Unger und Keller a. a. O. — 3) Der weitere Satz des §. 12 cit., daß sie „auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden können", kann bedeuten a) daß Urtheile nicht (wie Gesetze) auf alle Fälle, die sich unter den in ihnen ausgesprochenen Grundsatz subsumiren lassen, anzuwenden sind (Zeiller) und b) daß Urtheile nur für die darin bezeichneten Personen formelle Wahrheit bilden, und daher für und wider Dritte der Executionskraft entbehren (Unger I. S. 44). Beides ist richtig, der Gesetzgeber dachte aber dem Zusammenhange nach nur an den Sinn sub a. Vgl. auch A. L. R. Einleitung §. 6 und Savigny I. S. 200.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Eintheilung der Privatrechtsnormen.

§. 10.

I. Die allgemeinen Rechtsprincipien, in unverbrüchlicher Consequenz durchgeführt, würden oft zu unerträglicher Härte ausschlagen, die angestrebte abstracte Rechtsgleichheit zu wirklicher Ungleichheit werden, wenn die Strenge des Rechtes nicht nach den Grundsätzen der Billigkeit oder Nützlichkeit durch Ausnahmsbestimmungen gemildert würde. (Summum jus, summa saepe injuria.)[1] So ergibt sich gegenüber dem regelmäßigen Recht das singuläre oder Privilegium im weiteren Sinne.[2] — Privilegium im engeren Sinne.

II. Universelles (gemeines) und particulares Recht. Das letztere geht auf seinem Gebiete dem ersteren vor.

III. Dispositive (pacta dant legem contractui[3]) und präceptive, absolut zwingende Privatrechtsnormen (jus publicum, quod privatorum pactis mutari non potest.[4]) Es gehört zum Inhalt der letzteren, daß sie etwas gebieten oder verbieten oder einen Zustand fixiren.[5])

IV. Theorisirende (begründende[6]) und praktische (disponirende) Rechtssätze. Erstere erhalten selbst durch die Aufnahme in ein Gesetzbuch keine größere Autorität, als ihnen nach ihrem Ursprung aus der Doctrin, der sie angehören zukömmt; letztere müssen in solchem Falle selbst dann befolgt werden, wenn sie auf offenbar unrichtiger Theorie beruhen. Von der ersten Regel machen eine Ausnahme die Fictionen, d. h. künstliche Begründungen einer Reihe von praktischen Rechtssätzen durch rein positive Annahme einer mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden Thatsache.[8])

1) Z. B. Milderung des Rechtssatzes, daß Verträge erfüllt werden müssen, in §. 1104—1107 b. G. B., Einschränkung der Vindication durch das Institut der Ersitzung und Rücksichten der Sicherheit des Verkehrs und Credits (§§. 367, 371, 456, 824 b. G. B.), Milderung des Satzes, daß für den Zufall nicht gehaftet werde, in §. 1015 u. f. w. 2) Unger Syst. I. S. 49. Windscheid §. 28 f. Savigny I. S. 61. Keller §. 7. — 3) Z. B. §. 1047, 1052, 1098 b. G. B. — 4) Unger I. S. 54. Savigny S. 57 f. Windscheid §. 30. — 5) Z. B. den Volljährigkeitstermin, vgl. Savigny VIII. S. 34. — 6) Z. B. der Satz, daß Erbpacht oder Bodenrecht getheiltes Eigenthum begründen (§. 359 b. G. B.), daß das Erbrecht ein dingliches Recht sei (§. 308 b. G. B.). — 7) Z. B. die Bestimmung, daß bei getheiltem Eigenthum der Schatzantheil in zwei weitere Hälften zu theilen ist (§. 399 b. G. B.), oder daß die Erbschaftsklage gegen jeden Besitzer der Erbschaft gerichtet werden kann (§. 532, 823 b. G. B.). — 8) Vgl. Dankwardt Nationalökon. und Jurisprudenz II. S. 8. Vangerow I. §. 60. Koeppen Erschaft S. 8 f. Demelius Rechtsfiction (1858). Unger Erbrecht §. 7. Anm. 10. Verträge zu Gunsten Dritter S. 9, Note 12.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Auslegung und Ergänzung der Gesetze.

§. 11.

Allgemeines.

Begriff der Auslegung (Interpretation) im weitern (Marg. R. zu §. 6 b. G. B.) und engern Sinne. Doctrinelle und authentische (gesetzliche), grammatische und logische Auslegung.

Savigny I. §. 32—51. Lang Beiträge zur Hermeneutik (1857). Burchardi die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung oder die jur. Hermeneutik (1869). Nippel v. d. Auslegung und Ergänzung der Gesetze (1822). Kostetzki Prakt. Regeln zur Auslegung und Anwendung der Civilgesetze (1823).

A. Doctrinelle Auslegung.

§. 12.

a. Die grammatische.

Hauptregeln: 1) Worte in ihrer gewöhnlichen Bedeutung; ist diese eine mehrfache, so ist die richtige Bedeutung aus dem Zusammenhange mit dem ganzen Gesetze festzustellen. So z. B. „Kind" in §. 21, 42, 765, 1308, „Linie" und „Grad" in §. 41, 612, 730, „Vorauszahlung" in §. 1101, 1102 u. f. f. Dann jedoch sind Worte in einer ungewöhnlichen Bedeutung zu nehmen a) wenn sie juristisch-technische sind z. B. „Besitz" (§. 309), „Zahlung" (§. 1412), „Körper" (1472); b) wenn sie zur Zeit der ersten Kundmachung des Gesetzes eine von der gegenwärtigen abweichende Bedeutung hatten; z. B. „Verstand" (§. 6), „Gesellschaft" (§. 26); c) wenn der Zusammenhang zeigt, daß sie in einer ungewöhnlichen Bedeutung genommen werden müssen (vgl. „Gesellschaft" im §. 26). Hier beginnt bereits die Thätigkeit der logischen Interpretatiou. 2) Worte sind im Zweifel in ihrer vollen Bedeutung zu verstehen. So begreift das Wort „veräußern" im §. 879 auch die unentgeltliche Ueberlassung, „Irrthum" in §. 572, 871 auch den Rechtsirrthum. 3) Es darf kein Wort als überflüssig betrachtet werden, doch können freilich aus dem Streben des Gesetzgebers nach Deutlichkeit Wiederholungen (z. B. §. 443, 662, 686), überflüssig scheinende Zusätze („wirklich" in §. 943, 1045, 545) oder selbstverständliche Folgesätze (§. 31, 725) hervorgehen. 4) Bei einer zweifelhaften Fassung in einer Uebersetzung des b. G. B. ist auf das deutsche Original zurückzugehen.

§. 13.

b. Die logische Auslegung.

Hauptanwendungsfall: wenn die grammatische Auslegung wegen Unbestimmtheit oder Unrichtigkeit des Gesetzesausdrucks nicht zum Ziele führen

Digitized by Google

kann. Sie ist entweder declarativ oder berichtigend. Die declarative entwickelt den Sinn des Gesetzes aus seinem inneren Zusammenhang insbes. der Berücksichtigung des Rechtsgrundes (ratio juris — vorzüglich wichtig bei Auslegung des regelmäßigen Rechtes), aus der historischen Veranlassung (occasio legis[1]) — (diese und die specielle Absicht, welche der Gesetzgeber grade erreichen wollte, besonders wichtig bei Auslegung des singulären Rechtes)[2]), durch Hinweisung auf die Quelle, aus der der Gesetzgeber schöpfte[3]) und anderen Momenten, die auf seine „klare Absicht" einen Schluß ermöglichen. Sie entwickelt ferner alle jene Rechtssätze, welche sich aus einem (vielleicht ganz klaren) Gesetze als Folgesätze ergeben, durch Anwendung der bekannten Grundsätze der Logik; insbesondere 1) Schluß vom Zweck auf die Mittel[4]), 2) conclusio a majori ad minus[5]) und a minori ad majus[6]), 3) arg. a contrario[7]). — Berichtigende Auslegung, wenn die Erforschung des Rechtsgrundes des Gesetzes ergibt, daß der Gesetzgeber entweder mehr oder weniger sagen wollte, als er gesagt hat: ausdehnende,[8]) einschränkende[9]) Auslegung. Zumeist rechtfertigt eine so kühne Funktion der Auslegungsthätigkeit nur der klar vorliegende und vom Gesetzgeber unzweifelhaft zu realisiren beabsichtigte Rechtsgrund; andere Elemente, die den Stoff zur declarativen Auslegung liefern, berechtigen zur berichtigenden nicht; namentlich darf die Quelle, aus der der Gesetzgeber schöpfte, niemals dazu angewendet werden, um Rechtssätze in das Gesetz hineinzutragen, die sich aus demselben mit Hilfe der Logik nicht von selbst ergeben. Die Behauptung[10]) daß es bei mehreren §§. G. B. trotz ihrer anscheinend anders lautenden oder beschränkten Fassung unzweifelhaft sei, daß sich der Gesetzgeber damit die ganze vormalige gemeinrechtliche Theorie habe aneignen wollen, ist somit nur soweit richtig, als es sich um declarative Auslegung handelt. — Berichtigende Auslegung wird dadurch nicht gehindert, daß die Worte des Gesetzes klar sind — „die logische Auslegung bildet ein Correctiv der grammatischen." Auch singuläre Rechte und Privilegien lassen eine ausdehnende Auslegung zu.[11]) Die einschränkende Auslegung muß angewendet werden, wenn das Gesetz ohne sie einen inneren Widerspruch enthielte (z. B. §. 336) oder wenn zwei Gesetzesstellen einander zu widersprechen scheinen. Jene, welche am besten in das ganze System paßt, ist dabei als Regel, die andere als Ausnahme zu behandeln. (G. B. §. 1460 und 1477, §. 1358 und 1422 f.)

1) So z. B. verbreitet die historische Veranlassung der Anordnung, daß Banknoten statt Silbergeld angenommen werden müssen, Licht über die Frage, ob diese Anordnung auch zurückwirke. — 2) Vgl. Günther in Weiske's Rechtslex. IV. S. 704. — 3) Z. B. §. 1101 wurde offenbar aus cod. civ. a. 1753, §. 1105 a. E. aus A. L. R. I. 21, §§. 480, 486, ferner §. 1181, b. G. B. aus A. L. R., ebd. §. 298 entnommen. Mit Rücksicht hierauf wird es möglich, zu verstehen, was in den cit. §§. des b. G. B. bedeutet: „Vorauszahlung", „als durch diesen Abfall am Pachtzinse mangelt", „mit Ablauf des Termins". — 4) Daher Erlaubniß der Betretung des Ufergrundes durch den Fischereiberechtigten, wenn die Fischerei nicht anders ausgeübt werden kann; Wirkungslosigkeit eines Angeldes bei einem verbotenen Vertrag. —

Digitized by Google

5) So beantwortet sich die Frage, ob auch das bloße zeitliche Gebrauchsrecht expropriirt werden könne. — 6) So ergibt sich aus §. 166 b. G. B., daß auch eheliche Kinder von ihren Eltern Versorgung fordern können. — 7) Daher sind alle in §§. 591—595 b. G. B. nicht aufgezählten Personen fähige Testamentszeugen. — 8) „Vater" im §. 150 a. E. umfaßt auch die Mutter. — 9) §. 278 i. f. gilt nur von dem redlichen Besitznehmer des Vermögens; §. 1314 („Verbrecher") bezieht sich nur auf den nicht bestraften Verbrecher. — 10) Unger's Syst. I. S. 83. Dagegen schon Berger Krit. Beitr. S. 9—11 und 98—100, ferner Harum in Haimerls Mag. XV. S. 145. — 11) Allerdings aber sind sie strict zu interpretiren, d. h. im Zweifel eher in dem Sinne zu verstehen, welcher am wenigsten von dem bestehenden Rechte abweicht.

§. 14.

c. Kritik des Gesetzestextes.

Der logischen Auslegung verwandt, weil auf den gleichen Gründen beruhend, doch bei gedruckten Gesetzbüchern keine bedeutende Rolle spielend. Vgl. indessen §§. 163, 290, 591; einer Emendation bedürfen auch §§. 303, 337, 1118 b. G. B. Officielle Berichtigung im Hofd. v. 5. April 1822 Nr. 1858 J. G. S.

B. Authentische Auslegung.

§. 15.

Ausgehend von der gesetzgebenden Gewalt, §. 8. b. G. B. (Ministerien? Oberster Gerichtshof?)[1]) Sie ist neues Gesetz und hat daher für Jedermann bindende Kraft. Aber sie bezieht sich auch auf vorausgegangene Fälle, wenn sie noch nicht durch Urtheil oder Vergleich rechtskräftig entschieden[2]) sind[3]), und sie bedarf, um allgemein verbindlich zu sein, keiner allgemeinen[4]) Kundmachung.

1) Vgl. Anhang f. Siebenbürgen Nr. 2, Pat. 7. Aug. 1850 §. 36 (R. G. B. Nr. 325), a. h. Entschl. 12. April und 27. Mai 1852 und dazu die irrige Ansichten berichtigenden Ausführungen von Randa G. Z. 1870 Nr. 6, 7. Just. Min. Erl. 7. Febr. 1872 Z. 1438 (G. Z. 1872 Nr. 13). Einen vom Justizminist. veröffentlichten Plenarbeschluß des O. G. H. s. in G. Z. 1872 Nr. 48. — 2) Windscheid §. 33. Bremer Jahrb. d. gem. Rechts, II. 7. Hofd. 15. Juni 1835 Nr. 39 (Anhang f. Siebenbürgen Nr. 27) und v. 13. Nov. 1811 Nr. 962. Rechtskräftige Urtheile und geschlossene Vergleiche lassen also vermöge ihrer umbildenden Kraft (Savigny VIII. S. 513), selbst wenn sie auf offenbar irriger Auslegung des Gesetzes beruhen, keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu. — 3) Eine Ausnahme von dieser Regel z. B. im Hofd. 23. Juni 1827 (Winiwarter Handb. II. S. 15), welches, trotzdem das Hofd. 29. Mai 1824 Schiffmühlen für bewegliche Sachen erklärt hatte, dennoch die bis zur Kundmachung des erstcit. Hofd. bereits erwirkten Pfandrechtseinverleibungen in Kraft beließ. — 4) So Herbst in Wagner's Zeitschrift 1845 II. S. 181 f. Dagegen Unger I. S. 99 und Note 12.

Digitized by Google

Beispiele: Das Hofdecret 3. Juni 1846 Nr. 968 zu §. 822 b. G. B. u. v. 27. März 1846 Nr. 951 zu §. 1500 b. G. B., welche in die Anhänge für Ungarn und Siebenbürgen nicht aufgenommen sind.

C. Analogie.[1])

§. 16.

Unterschied gegenüber der Auslegung. Fälle, an welche der Gesetzgeber nicht gedacht hat, sollen in dem Sinne entschieden werden, wie er sie entschieden hätte, wenn er ihrer gedacht hätte. Mittel: Die Benützung der bekannten Rechtsgründe der vorhandenen Gesetze, eventuell Entscheidung nach der Natur der Sache. Danach Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie (natürliche Rechtsgrundsätze)[2]) §. 7 b. G. B. — Die Gesetzesanalogie geht von dem Rechtsgrund eines bestimmten Gesetzes aus, welcher auch auf den zu entscheidenden Fall paßt. Sie sucht nach einem ähnlichen im Gesetze entschiedenen Fall d. h. einem solchen, welcher mit dem zu entscheidenden mehrere Merkmale gemein hat, und untersucht, ob der Rechtsgrund desselben auf den neuen Fall anwendbar ist.[3]) Fehlt eines oder das andere, so ist ein verwandtes, d. h. ein solches Gesetz aufzusuchen, dessen Rechtsgrund auf den zu entscheidenden Fall paßt.[4]) Ausnahmen dürfen aber analog nicht angewendet werden,[5]) also nicht a) singuläre Rechte[6]) und Privilegien b) jene Sätze, welche das arg. a contr. zulassen[7]) c) Präsumtionen[8]) und Fictionen. — In Ermangelung der Gesetzesanalogie kommt die Rechtsanalogie oder die natürlichen Rechtsgrundsätze, die Natur der Sache[9]) zur Anwendung d. h. die Entscheidungsnorm wird aus den Principien des gesammten positiven Rechtes gewonnen, und müssen zu diesem Zwecke alle auf die richtige Entscheidung Einfluß nehmenden rechtlichen Gesichtspunkte reiflich erwogen werden. So z. B. bei der Frage, was mit dem Vermögen einer aufgelösten Stiftung zu geschehen habe[10]) und bei sehr vielen Fragen des sog. internationalen Privatrechtes.

1) Unger I. S. 59 ff. Berger Krit. Beitr. S. 105 ff. — 2) Unger a. a. O. findet den Schlußsatz des §. 7 b. G. B. überflüssig, Berger bezieht ihn auf den Fall, daß im G. B. nicht nur des Rechtsverhältnisses nicht vorgedacht, sondern sogar das Rechtsinstitut nicht construirt sei. Er unterscheidet daher zwei Gradationen der Rechtsanalogie: die principielle und die systematische. — 3) So wendet Unger S. 63, Note 21 den §. 1109 a. E. auch auf den Entlehner, Verwahrer, Pfandgläubiger an, weil die ratio in dem Principe der bona fides liege, daß Verträge erfüllt werden müssen. — 4) Auf den Fall, daß Jemand die nämliche Sache zwei verschiedenen Personen vermiethet, aber nur einer übergeben hätte, paßt die Analogie des §. 430 nicht, weil sein Rechtsgrund — die Erwerbung des dinglichen Rechtes — nicht zutrifft. Wohl aber sind verwandte Gesetze die §§. 895 a. E. und 953, und ihr Rechtsgrund (wenn von mehreren collidirenden Forderungen eine erfüllt worden, haben die anderen Gläubiger kein Recht, die geschehene Erfüllung anzufechten) paßt auch auf den zu entscheidenden Fall. — 5) Eine vertragsmäßige Schenkung auf den Todesfall bedarf daher nicht (nach Analogie des Erbvertrages §. 1249 b. G. B.) der

Digitized by Google

Unterfertigung dreier Zeugen, denn §. 1249 ist gegenüber §§. 884, 886 ein Ausnahmsgesetz. — 6) Frauen bleiben daher, wenn sie auch bei Testamenten und (nach dem b. G. B. bei) Tabularurkunden von der Zeugenschaft ausgeschlossen sind, bei anderen Urkunden giltige Zeugen. — 7) Es sind also trotz §. 591 f. auch Personen, die keines guten Rufes genießen oder mit dem Erben in besonderer Freundschaft leben, taugliche Testamentszeugen. — 8) Aus §§. 138 und 163 folgt nicht, es sei anzunehmen, daß das Kind im Zweifel 10 Monate vor seiner Geburt erzeugt sei. — 9) Günther a. a. O. S. 709, 711. Puchta Pand. §. 16 a. E. Unger S. 174. — Unger S. 67 ff. versteht unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen das Naturrecht und verwirft darum §. 7 a. E. ganz. Dagegen Berger a. a. O. S. 116 ff. „Natürliche Rechtsgrundsätze" ist wörtlich übersetzt = naturalis ratio, auf welche sich die röm. Quellen so oft berufen. Savigny I. S. 55, 110, 414, 418. Leist Civil. Studien auf d. Gebiet dogm. Analyse I—IV. passim.; Naturalis ratio und Natur der Sache (1860). — 10) Wohl ist der Fall einer solchen Auflösung dem Falle des unbeerbten Todes einer physischen Person ähnlich; dennoch ist §. 760, den die herrschende Lehre analog anwendet, kein verwandtes Gesetz, denn er beruht auf der Erwägung, daß das Vermögen der ohne Erben verstorbenen Person in keiner Weise mehr zu dem bisherigen Zwecke verwendet werden kann, daher es zum allgemeinen Besten verwendet wird. Nach Aufhebung einer Schule, eines Spitales oder anderen Stiftung aber kann das Vermögen noch immer möglichst im Sinne des ursprünglichen Zweckes verwendet werden, wie denn auch bei Aufhebung der geistlichen Corporationen im vorigen Jahrhundert deren Vermögen nicht confiscirt, sondern zur Bildung des Religions- und Studienfonds verwendet wurde — also zur Bildung anderer juristischer Personen. (Vgl. auch Gewerbe-O. vom 20. December 1859 §. 130.) Eigenthums- und Verwendungsfrage fallen hier nicht auseinander, sondern zusammen.

Vierter Abschnitt.

Anwendung der Rechtsnormen.

I. Begriff und Wirkung.

§. 17.

Wirksamwerden des in einer Rechtsnorm ausgesprochenen Principes für ein bestimmtes Lebensverhältniß — verschieden bei Dispositiv- und Präceptivnormen.

II. Umfang.

A. In persönlicher Beziehung.

§. 18.

Alle Staatsangehörigen (§. 4 b. G. B. Kundm. Pat. Abs. VII.) innerhalb des österreichischen Staatsgebiets (zu welchem auch Kriegsschiffe, und

Digitized by Google

wenn sie sich auf offener See befinden, andere österreichische Schiffe gehören.[1]) Österreichische Unterthanen und Schutzgenossen in der Levante (kais. Vdg. 29. Jänner 1855 Nr. 23 R. G. B.[2]) Der Staat selbst (§. 290 b. G. B. Hfd. 10. Dezember 1819). Vermögensrechtliche Privatangelegenheiten des Landesfürsten (§. 289. 20[3]) b. G. B.). Für seine persönlichen und familienrechtlichen Beziehungen sind die Hausgesetze und staatsrechtlichen Grundsätze maßgebend. — Fremde (s. unten).

1) Vesque v. Püttlingen Hdb. d. in Oesterr. geltenden internat. Pr. R. S. 28, 43. Unger I. S. 111. — 2) Vesque S. 26. — 3) Das Hauptgewicht liegt in diesem §. auf dem Worte: „Gerichtsbehörden" arg. Officielles Register sub v: „Oberhaupt des Staates".

B. In zeitlicher Beziehung.

§. 19.

1. Allgemeine Grundsätze.

I. Regelmäßig tritt (anders als dies im §. 3 b. G. B. bestimmt war), der Anfangspunkt der Wirksamkeit der Gesetze nicht schon mit der Kundmachung, sondern erst nach einer vacatio legis (45 Tage beim R. G. B., 15 Tage bei den Landesverordnungsblättern, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist) ein.[1]) — Die Dauer der Wirksamkeit[2]) erstreckt sich bis zur Aufhebung des Gesetzes durch den Gesetzgeber (§. 9 b. G. B.). Länge des Zeitverlaufs, Vergessenheit, entgegengesetzte Uebung, Wegfall der ratio legis bilden nicht Aufhebungsgründe (lex semper loqui praesumitur). Obrogation. Derogation. Lex posterior derogat priori. Das alte Gesetz tritt erst mit dem Wirksamwerden des neuen außer Kraft. Welches Gesetz das ältere sei, darüber entscheidet im Zweifel nicht der Zeitpunkt der Wirksamwerdung, sondern der der Entstehung.[3]) Aufhebung einer Regel beseitigt auch deren Folgesätze[4]), nicht auch die Ausnahmen[5]) der aufgehobenen Regel, es sei denn das aufhebende Gesetz absoluter Natur. Aufhebung des aufhebenden Gesetzes bringt das früher aufgehobene nicht von selbst wieder zur Kraft, es wäre denn, daß der Inhalt des zeitlich letzten Gesetzes nur die Abschaffung des ersten aufhebenden Gesetzes war.[6]) — Gesetze, die von vornherein nur für eine gewisse Dauer berechnet sind: Transitorische Gesetze, ausdrückliche diesfällige Bestimmung, Wegfall der Existenz des Gegenstandes, auf den sich das Gesetz bezieht, überhaupt oder in der vom Gesetz vorausgesetzten Weise.[7])

II. Welche Rechtsverhältnisse zieht das neue Gesetz unter seine Herrschaft?[8]) Das neue Gesetz tritt vom Zeitpunkt seiner Wirksamkeit an die Stelle des früheren objectiven Rechtes, ändert aber nicht die auf Grund des älteren Gesetzes erworbenen subjectiven Rechte. Die Regel wird eine andere, das Geregelte aber wird nicht durch ein Anderes ersetzt. Unter dem früheren Gesetze entstandene Rechtsverhältnisse sind auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes nach dem älteren zu beurtheilen. Geschieht es ausnahmsweise, daß aus Gründen des öffentlichen Wohles oder der Sittlichkeit wohlerworbene

Digitized by Google

subjective Rechte vernichtet werden, so sagt man: Das Gesetz wirke zurück. Regel ist aber Nichtrückwirkung der Gesetze.[9]) §. 5 b. G. B. Jedoch zu beachten:

1) Früher „erworbene Rechte" sind nur concrete, wirklich existent gewordene subjective Rechte einer Person, nicht auch bloße durch das frühere objective Recht gebotene Möglichkeiten[10]), subjective Rechte zu erwerben. Zu letzteren gehört auch die mit gewissen Altersstufen verbundene Befähigung zur selbständigen Erwerbung gewisser Vermögensrechte.

2) Auch bloße Erwartungen oder Hoffnungen, Rechte zu erwerben, sind noch nicht concrete Rechte.[11])

3) Unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen zustehende subjective Rechte sind aber nicht nur Erwartungen oder Hoffnungen.[12])

Ausnahmen von der Regel der Nichtrückwirkung:

1) Neue Präceptivgesetze wirken zuweilen zurück, d. h. sie vernichten, aus überwiegenden öffentlichen Rücksichten, bestehende subjective Rechte oder geben den juristisch bereits qualificirten Handlungen oder Zuständen eine andere Qualification. So, wenn das Motiv des neuen Gesetzes hauptsächlich die Beförderung des öffentlichen Wohles[13]) oder die rechtliche Sanctionirung einer ethischen Pflicht ist.[14]) Wird aber nur das Gebot der Billigkeit zur Rechtspflicht erhoben, dann cessirt die rückwirkende Kraft.[15])

2) Ist das neue Gesetz einer Person günstiger als das ältere, ohne zugleich einer anderen ungünstiger zu sein, so wirkt es in der Regel zurück; doch bedarf es dazu einer ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers.[16])

3) Aus überwiegenden Gründen gestattet zuweilen das neue Gesetz für gewisse Personen eine Fortgeltung des älteren (als singuläres Ausnahmsrecht), wenn es auch mit dem neueren in Widerspruch steht. Auch dazu bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers.[17])

1) Anhang f. Siebenb. Nr. 1, Pat. v. März 1849 Nr. 153, 27. Dec. 1852 Nr. 260, 1. Jänner 1860 Nr. 3, Min. Vdg. 14. März 1860 Nr. 65, kais. Vdg. 17. Febr. 1863 Nr. 19, Ges. 10. Juni 1869 Nr. 113 R. G. B. — 2) Unger I. S. 101 f. — 3) Die Just. Min. Vdg. 9. Juni 1853 Nr. 108 R. G. B., deren §. 3 mit dem Kundm. Pat. v. 1853 Art. XII, Nr. 1 theilweise in Widerspruch steht, trat in Siebenbürgen gleichzeitig mit letzterem in Wirksamkeit und derogirte ihm ohne Zweifel. — 4) z. B. Kundm. Pat. v. 1852, 1853 Art. VII Nr. 1. — 5) Vgl. Windscheid §. 31. Würde §. 1116 b. G. B. durch eine andere Regel ersetzt, so würden doch die localen Auszieh-ordnungen bestehen bleiben. — Auch Aufhebung oder Aenderung älteren gemeinen (oder regelmäßigen) Rechtes ändert in der Regel nichts an dem bestehenden particularen (singulären) Rechte. Insbesondere bleiben auch Privilegien aufrecht. Unger S. 104 f. — 6) Unger S. 107 f. — 7) Unger S. 101 f. — 8) Hüttner über die rückwirkende Kraft der Gesetze (1817). Füger Das alte und das neue Privatrecht in Ungarn und Siebenbürgen bezüglich seiner Fortdauer und Rückwirkung (1858). — 9) Unger S. 125 Note 40 (gegen Savigny). — 10) Unger S. 119. — 11) Unger S. 120. So insbesondere bei Veränderung der Intestaterbfolge. —

Digitized by Google

12) Unger S. 121, II. S. 71 f. Savigny VIII. S. 387 f. Keller S. 24. — 13) Vgl. Entsch. G. Z. 1855 Nr. 89, 90 (= Sammlung I. Nr. 78, Peitler Sammlung der Entsch. zum a. b. G. B. Nr. 1 und 399). — 14) Vgl. Savigny VIII. S. 35 f., 517. Unger I. S. 125, Note 40. Windscheid §. 32, Note 6, Scheurl Beiträge I. S. 137 f. Rudorff zu Puchta's Pand. §. 111, Note a. — Rückwirkend ist also der Zwangscurs der Banknoten, die Aufhebung des Unterthansverbandes, des Lehennexus, der Aviticität, die Bestimmung, daß unter der Herrschaft des französischen Rechtes geschlossene Civilehen unauflöslich sind u. s. w. — 15) Nichtrückwirkend, weil aus Billigkeit zum Schutze eines Einzelnen (des Schuldners) erlassen, sind z. B. Zinstaxen (§. 994 b. G. B.) oder das Verbot der Antichrese (§. 1372 b. G. B.) Pat. 2. Dec. 1803 §. 39, Nr. 640 J. G. S. Min. Vdg. 5. Mai 1858 Nr. 72 R. G. B. Sammlung I. Nr. 40. G. Z. 1860 Nr. 146. [= Sammlung III. Nr. 1097.] Zweifelhaft, ob §. 1335 zurückwirke? Bejaht in der Plenarentsch. Sammlung Nr. 389. Man kann sie durch die Erwägung rechtfertigen, daß es eigentlich keine Rückwirkung ist, wenn ein neues Gesetz den Fortgenuß eines bereits bestehenden Rechtes an eine Potestativbedingung (eine solche enthält §. 1335) knüpft; dadurch wird das fragliche Recht nicht zerstört, sondern dem Berechtigten nur eine neue Verpflichtung auferlegt und die Nichterfüllung derselben mit Sistirung des Fortgenusses bedroht. — 16) Savigny VIII. S. 506, 508 f. Die neuen, die Zinstaxen aufhebenden Gesetze (14. Dec. 1866 Nr. 160, 14. Juni 1868 Nr. 62 R. G. B.) finden darum keine Anwendung auf ältere Geschäfte (Entsch. G. Z. 1869 Nr. 75). [= Schimkowsky Rechtsprechung I. S. 63. Vgl. auch Sammlung VIII. Nr. 3957.] Dagegen beziehen sich die kais. Vdgen. 29. Nov. 1859 Nr. 217 und 6. Jänner 1860 Nr. 9 R. G. B. auch auf ältere Judenehen und ältere letztwillige Anordnungen, bei welchen Nichtchristen als Zeugen fungirten, vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht schon vor der Kundmachung der letzteren Verordnung gestorben war; — vergl. auch Strafgesetzb. Kundm. Pat. Art. IX. — 17) Savigny S. 507 f. So wurde insbes. die nach älterem Recht erlangte Volljährigkeit aufrecht erhalten, auch wenn die Voraussetzungen ihrer Erlangung dem b. G. B. nicht entsprachen (s. den folgenden §. sub I).

§. 20.

2) Hauptfälle.

I. Rechtliche Zustände der Person (jura status), nach denen sich die Fähigkeit, Subject eines Rechtes zu sein, Rechte selbständig zu begründen oder zu erwerben, richtet, sind nicht concrete Rechte; es unterliegen daher alle Personen, die sich in solchen Zuständen befinden, sofort dem neuen ändernden Gesetze, ohne daß man doch von einer Rückwirkung desselben sprechen könnte. So insbesondere die an Altersstufen geknüpften Stufen der Handlungsfähigkeit. Consequent müßte eine nach älterem Gesetz erlangte Volljährigkeit mit der Wirksamkeit des neuen Gesetzes wieder verloren gehen, wenn die Voraussetzungen, unter denen sie erlangt wurde, denen des neuen Gesetzes nicht genügen. Da dies aber im Rechtsverkehr die größten Verwirrungen hervorrufen würde, so wurde wiederholt[1]) festgesetzt, daß es bei

Digitized by Google

der nach den früheren Gesetzen erlangten Großjährigkeit sein Verbleiben habe.[2]) Umgekehrt tritt die nach dem älteren Recht aus anderen persönlichen Eigenschaften hervorgegangene Beschränkung der Eigenberechtigung sofort mit der beginnenden Wirksamkeit des neuen Gesetzes, wenn sie nach letzterem nicht oder in geringerem Maße stattfindet, außer Kraft.[3]) Wo eine persönliche Fähigkeit durch das neue Gesetz aufgehoben wurde, alterirt dies doch die früher auf Grund der ausgedehnteren Fähigkeit unternommenen Handlungen nicht.

II. Familienrecht. 1) Eherecht. Die Giltigkeit der Ehe unterliegt dem zur Zeit ihrer Abschließung geltenden Gesetz. (Pat. 20. April 1815, Hofd. 22. Nov. 1815. Siebenb. Kdm. Pat. Art. XII, Nr. 1.) Ältere Eheverlöbnisse aber trifft das neue Gesetz als ein absolutes Präceptivgesetz. Eben darum werden auch die älteren Trennungs- und Scheidungsgründe von demselben berührt, daher die unter der Herrschaft des französ. R. geschlossenen Civilehen nur nach den Bestimmungen des b. G. B. getrennt oder geschieden werden können.[4]) Den Umfang der eheherrlichen Gewalt (ethische Pflicht zur Rechtspflicht erhoben) richtet sich nach den jeweiligen Gesetzen; das eheliche Güterrecht, soweit es ohne Vertrag entsteht, nach den Gesetzen zur Zeit des Eheschlusses[5]), das durch Ehepakten begründete nach den Gesetzen zur Zeit des Abschlusses der letzteren.[6]) Erbfolge siehe unten V. 2) Eltern- und Kindesrecht. Die Frage nach dem Bestande der väterlichen Gewalt (z. B. Adoption) richtet sich nach den zur Zeit ihrer Entstehung geltenden, der Umfang der Gewalt nach den jeweilig geltenden Gesetzen. Ebenso das einschlagende Vermögensrecht (Alimentationsanspruch, Verwaltung des Kindesvermögens u. s. w.)[7]) — es sei denn ein concretes Recht auf einen bestimmten Vermögenstheil oder eine bestimmte Forderung bereits entstanden, welche denn auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes aufrecht verbleibt.[8]) — Rechte und Pflichten zwischen unehelichen Eltern und Kindern regeln sich nach dem jeweilig geltenden Gesetze; der Zeitpunkt der Zeugung oder Geburt ist ganz gleichgiltig. 3) Berufung zur Vormundschaft (oder Curatel) (§. 191 f. b. G. B.) unterliegt dem jeweilig geltenden Gesetz (es liegt vor der Bestellung noch kein concretes Recht vor, und die diesfälligen Anordnungen beruhen auf dem öffentlichen Interesse). War der Vormund nach dem ältern Recht bereits bestellt, so behält er die Vormundschaft (Siebenb. Kundm. Pat. Art. XII, Nr. 4), weil das Gesetz den Wechsel in der Person des Vormundes möglichst zu vermeiden sucht (§. 215, 258, 259, 261), doch übernimmt er sofort alle ihm durch das neue Gesetz auferlegten Verpflichtungen (z. B. Rechnungslegung §. 238 f., Sicherstellung §. 236 b. G. B.), und seine früher etwa ausgedehnter gewesene Gewalt unterliegt den Beschränkungen des neuen Gesetzes (z. B. §. 233 f.), oder erweitert sich diesem entsprechend. Ersatzansprüche aus der Führung der Vormundschaft richten sich nach dem Gesetze der Zeit, da der einzelne Anspruch begründet wurde. Auch früher bestellte Vormünder können ihres Amtes in allen Fällen enthoben werden, in denen dies nach dem neuen Gesetze geschehen kann. (§. 249—260, 283.)

III. Sachenrecht. 1) Sachen überhaupt. Die Bestimmung der

Digitized by Google

juristischen Eigenschaft einer Sache (Extracommercialität, Beweglichkeit, Verbrauchbarkeit, Theilbarkeit u. s. f.) trifft alle vorhandenen Sachen. Aufhebung rechtlicher Unterschiede zwischen gewissen Sachen (z. B. Rustical- und Dominicalgüter) trifft also auch die schon vorhandenen Sachen. 2) Der Besitz als factischer Zustand, an welchen sich gewisse Rechtsvortheile anknüpfen, muß sofort nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden; so: was Besitz sei, wie er erworben werde, welche Rechtsvortheile ihm zu statten kommen. 3) Eigenthum. Die Art seiner Erwerbung richtet sich nach den Gesetzen zur Zeit der Erwerbung;[9]) der Verlust nach jenen, unter deren Herrschaft die verlustwirkende Thatsache vorgefallen ist, mag das Eigenthum wann immer erworben worden sein. Die §§. 367, 371, 824 sind daher auf alle seit der Wirksamkeit des b. G. B. vorgekommenen (nicht auch auf frühere) Veräußerungsfälle anwendbar. Die Anordnung, daß Eigenthum und andere dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen nur durch Intabulation erworben werden können (§. 431, 445 b. G. B.), bezieht sich nur auf künftige Fälle; jedoch wird das nach älterem Gesetz ohne Intabulation erworbene dingliche Recht jene Bevorzugungen nicht genießen, welche der bücherlichen Erwerbung ausschließlich vorbehalten sind und auf dem Publicitätsprincip beruhen (z. B. §. 440, 451, 481).[10]) Gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen (Legalservituten) treffen sofort alles vorhandene Eigenthum.[11]) 4) Servituten. Die Erwerbung richtet sich nach den Gesetzen zur Zeit ihrer Entstehung, und die neuere Anordnung, daß zur Erwerbung Intabulation erforderlich sei, hat — abgesehen von ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung — keine rückwirkende Kraft. Bei Collisionen mit späteren bücherlichen Rechten gilt das diesfalls vom Eigenthum Gesagte. Auch die Frage, welche Befugnisse in einer Servitut enthalten seien, richtet sich nach dem zur Zeit der Erwerbung bestehenden Gesetz. 5) Aehnlich das Pfandrecht.[12]) Das nach älterem Gesetz erworbene antichretische Pfandrecht bleibt aufrecht auch nach Einführung des §. 1372 b. G. B. Die Anordnung, daß zur Erwerbung einer Hypothek Intabulation nothwendig sein soll, trifft ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung schon bestehende Pfandrechte nicht, und bleiben ältere, mit dem neuen Gesetz nicht vereinbare gesetzliche und Generalhypotheken, wie ihre Priorität aufrecht. Die Einführung einer Grundbuchsordnung pflegt jedoch derlei rückwirkende Anordnungen zu enthalten, weil dies das einzige Mittel der Durchführung des neuen Systems ist.[13])

IV. Obligationenrecht.[14]) 1) Verträge. Ihre Giltigkeit richtet sich nach den Gesetzen zur Zeit des Vertragsabschlusses, sowohl hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit, des Einflusses von Zwang und Irrthum, als auch hinsichtlich der Form und der Frage nach Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhalts. Doch richtet sich die Zulässigkeit der Leistung nach dem neuen Gesetz, wenn letzteres die zu leistende Sache außer Verkehr gesetzt (§. 880 b. G. B.) oder die Leistung im öffentlichen Interesse untersagt hat.[15]) Das Gesetz zur Zeit des Vertragsschlusses bleibt auch maßgebend für die Frage der Klagbarkeit, Aufhebbarkeit wegen Gewährleistung oder Verletzung über die Hälfte, Vererblichkeit, Wirkung von Bedingungen oder Zeitbestimmungen,

Digitized by Google

Widerruflichkeit einer Schenkung, Wirkung des Vertrags, Verzugszinsen.[16]) 2) Delicte. Das Gesetz zur Zeit der Begehung des Delictes[17]) (z. B. zur Zeit der Verführung einer Weibsperson §. 1328 b. G. B.) entscheidet, ob und welche Ersatzpflicht dadurch begründet wird, ob bei mehreren Delinquenten solidarische oder getheilte Haftung eintritt und inwieferne ihnen ein Verschulden imputirt werden kann. 3) Andere Rechtsgründe. Maßgebend ist das Gesetz der Zeit, da sich die rechtserzeugende Thatsache (Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem, Zahlung einer Nichtschuld u. s. w.) ereignete, denn damit ist die Forderung erworben. Fiel die rechtserzeugende Thatsache vor theils unter dem älteren, theils unter dem neueren Gesetz, so ist das ältere nur hinsichtlich jenes Theiles der Forderung maßgebend, welcher erweislich bereits durch die unter dessen Herrschaft fallende Thatsache begründet wurde.

V. Erbrecht. 1) Testamentarisches und vertragsmäßiges.[18]) Errichtung eines letzten Willens ist eine juristische „Handlung" (§. 5 b. G. B.), welche durch das Gesetz, unter dessen Herrschaft sie sich ereignete, ihr juristisches Gepräge bereits erhalten hat. Der Umstand, daß bei der Widerruflichkeit des letzten Willens noch Niemand ein Recht durch dessen Errichtung erworben hat, kann an diesem Ergebniß nichts ändern. (Kundm. Patent Abs. V.) a) Die Testirungsfähigkeit richtet sich bezüglich der vor der Wirksamkeit des neuen Gesetzes errichteten letztwilligen Erklärungen und Erbverträge durchaus nach dem alten Gesetze. b) Ebenso der Einfluß von Zwang, Irrthum, Betrug auf die Willensrichtung und ihre Wirksamkeit. c) Nicht minder die Form (Hofd. 16. Nov. 1814 Nr. 1111 J. G. S.). d) Auch rücksichtlich des letztwilligen Verfügungsrechtes (Möglichkeit oder Zulässigkeit des Inhaltes) gilt die Regel (Hofd. cit.), daß die vor der Wirksamkeit des b. G. B. errichteten letztwilligen Anordnungen und Erbverträge nach dem älteren Recht zu beurtheilen sind[19]); insbes. α) die Verbindlichkeit, die Notherben zu bedenken, wäre richtiger nach den zur Todeszeit bestehenden Gesetzen zu beurtheilen, weil der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion ist, und das Intestaterbrecht sich nach den Gesetzen der Todeszeit richtet. Die österreichische Gesetzgebung (Hofd. cit., Avit. Pat. §. 6, Kundm. Patent Abs. V) hat aber anders entschieden. β) Bei den unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes errichteten Testamenten ist die falcidische Quart abzuziehen. γ) Ebenso ist die Erbfähigkeit des Bedachten nach dem zur Zeit der Errichtung des letzten Willens geltenden Gesetz zu beurtheilen.[20]) δ) §. 612 b. G. B. und Hofd. 29. Mai 1845 Nr. 888 J. G. S. sind aus Gründen des öffentlichen Wohles zurückwirkend[21]); es erstreckt sich also die Wirkung einer vor der Wirksamkeit des b. G. B. errichteten letztwilligen Verfügung, welche Anordnungen zu Gunsten von Personen enthält, die zur Zeit dieser Errichtung noch nicht lebten, in keinem Falle weiter, als dies das b. G. B. gestattet. ε) Gebundenes Vermögen (Lehen, Fideicommiß-, avitische Güter). Ein vor Aufhebung des Lehenbandes über Lehengüter zu Gunsten fremder Personen errichtetes Testament bleibt ungiltig, auch wenn der Erblasser erst nach Auflösung des Lehenbandes gestorben wäre. Erst jene Verfügungen sind wirksam, die seit diesem Zeitpunkte getroffen wurden.

Digitized by Google

— 2) Gesetzliches Erbrecht. Dasselbe richtet sich nach den zur Todeszeit geltenden Gesetzen.[22])

VI. Verjährung und Ersitzung. Sind sie bei Beginn der Wirksamkeit des neuen Gesetzes im Lauf, aber noch nicht vollendet, so sollte eigentlich durchaus das neue Gesetz zur Anwendung kommen, da noch kein Recht erworben ist. In der Annahme jedoch, daß ein Recht auf Verjährung oder Ersitzung schon mit dem Beginne derselben erworben sei (Kundm. Pat. Abs. VI verb. „daher")[23]), ist bestimmt, es sei das ältere Gesetz anzuwenden. Ausnahme nur, falls das ältere Gesetz einen längeren Zeitraum vorschreibt, als nach dem b. G. B., von dem Tage seiner Wirksamkeit berechnet, erforderlich wäre, wo die Berechnung auf die letzterwähnte Art gestattet ist.[24])

1) Aus Anlaß früherer Einführungen des b. G. B. Pat. 20. April 1815, Hofd. 3. Jänner 1818; aus Anlaß der durch die prov. Regierungen in der Lombardei und Venedig 1848 auf das 21. Jahr festgesetzten Großjährigkeit, Erlaß 14. Febr. 1849. — 2) Motiv also nur die Schonung und Billigkeit (Keller S. 24); keineswegs (wie Unger I. S. 131, 166, Note 6 annimmt) die Anschauung, es sei die Volljährigkeit ein erworbenes Recht. — 3) z. B. Geschlechtsvormundschaft, Prodigalitätsbeschränkungen. — 4) Just. Min. Vdg. 9. Juni 1853 Nr. 108, §. 3 (für Siebenbürgen) erklärte derlei bezüglich der jüdischen Ehen anhängige Streitigkeiten für aufgehoben, vorbehaltlich neuerlicher Anhängigmachung nach dem neuen Gesetze. — 5) Es unterliegt daher bei den vor der Wirksamkeit des b. G. B. nach französ. Recht (siebenbürgisch-sächsischen Stat. Recht) Verehelichten nicht nur das vor, sondern auch das seit der Wirksamkeit des G. B. von dem einen oder anderen Ehegatten erworbene Vermögen der allgemeinen Gütergemeinschaft. — 6) Entsch. G. Z. 1873 Nr. 39. [= Riehl das a. b. G. B. erläut. durch d. Spruchpraxis. 2. Aufl. III. S. 1415.] Savigny VIII. S. 496 f. — 7) Es handelt sich um Präceptivgesetze auf ethischer Grundlage. Unger S. 141. Ein anderer Grund bei Savigny S. 502. — 8) Darum wurde (Hofd. 12. Decemb. 1817) das durch cod. civ. a. 384 den Eltern eingeräumte Nutznießungsrecht in Beziehung auf das während des Bestandes jenes G. B. bereits vorhandene Vermögen der Kinder aufrecht erhalten. Vgl. Kundm. Pat. f. Ungarn u. Siebenbürgen Art. XII, Nr. 3. — 9) Genügte nach älterem Recht der bloße Vertrag, so bleibt das Eigenthum bestehen, mag auch das neue Tradition fordern; wer umgekehrt in Ungarn vor Einführung des b. G. B. den Besitz eines Grundstückes ohne Statution erworben hatte, erlangte durch Einführung des G. B. das Eigenthum nicht, obwohl das neue Recht die Statution nicht forderte. Obgleich aber durch eine unter der Herrschaft des französ. R. geschlossene Ehe (bezw. Ehepakten) der eine Gatte gegenüber dem andern Anspruch auf das Miteigenthum an einem dem letzteren gehörigen, während der Ehe erworbenen unbeweglichen Gute erlangt hat, so genügt doch zur Pränotation dieses Miteigenthums die das Gut nicht speciell bezeichnende (§. 435 b. G. B.) Ehepaktenurkunde nicht, sondern die Urkunde muß den Bestimmungen des jetzigen Gesetzes entsprechen (Entsch. cit. G. Z. 1873 Nr. 39). — 10) Ein vordem „physisch" erworbenes Eigenthum geht nur dann dem späteren bücherlichen vor, wenn

Digitized by Google

es ebenfalls eingetragen ist; ein durch die französ. Gütergemeinschaft begründeter Anspruch auf Miteigenthum muß daher auch bücherlich ersichtlich gemacht werden. Etwas Anderes wäre es, wenn ein neues Grundbuchsgesetz das Princip sanctioniren würde, daß künftig nur bücherliches Eigenthum als wahres Immobiliareigenthum anzusehen sei. Ein solches Gesetz wirkt seiner Natur nach zurück, pflegt aber in Schonung bestehender Interessen transitorische Bestimmungen zu enthalten. Savigny S. 531. — 11) Es giebt eben kein Recht, von künftigen gesetzlichen Beschränkungen verschont zu bleiben. Anders motivirt Savigny S. 421. — 12) Die Einführung neuer stillschweigender Pfandrechte (z. B. §. 150, 1101 b. G. B.) wirkt nur rücksichtlich der späteren, ein solches Pfandrecht mit sich bringenden Rechtsgeschäfte. Ein neu eingeführtes Pfandprivileg bezieht sich nur auf die später begründeten Fälle, wirkt aber doch auch gegen die früher bestandenen Pfandgläubiger (Savigny S. 421 f.) — 13) A. M. Unger I. S. 137 u. Note 32; allein das Hofd. 30. Octob. 1819 Nr. 1619 J. G. S. (für Tyrol) erklärte die bestehenden Generalhypotheken nicht ohne weiteres für aufgehoben; ähnlich Patent 19. Juni 1826 für das lomb. ven. Königreich. — 14) Hieher gehört auch die Frage nach der Rückwirkung der die Priorität collidirender Forderungen regelnden Gesetze (Concursgesetze). Vgl. Swoboda G. H. 1870 Nr. 34 f. — 15) Trotz §. 1372 b. G. B. konnte die Erfüllung eines unter der früheren Legislation auf Einräumung des Pfandbesitzes an einer Hypothek gegebenen Versprechens gefordert werden, nicht aber nach Aufhebung der Wuchergesetze die vor derselben bedungenen, die Taxe überschreitenden Zinsen (Entsch. G. Z. 1869 Nr. 75, oben §. 19, Note 16). — 16) Obwohl die mora erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes eingetreten sein mag; die Verzugszinsen bilden nur eine Modification der ursprünglichen Obligation. Der Anspruch auf sie ist eventuell (unter der Bedingung des Eintritts der mora) schon durch den Vertrag begründet. Unger S. 138 f. Bunzel G. H. 1863 Nr. 33. u. A. — 17) Verletzungen obligatorischer Verhältnisse sind nicht nothwendig Delicte. — 18) Nach österreichischem Recht hat diese Gleichstellung kein Bedenken; anders Savigny VIII. S. 447 f. S. 436, 492. — 19) Anders Savigny S. 448 ff., der die Gesetze zur Zeit des Todes für maßgebend ansieht — eine Meinung, die auch für das römische Recht nicht unanfechtbar ist. — 20) Die Verfügung zu Gunsten eines unbefugt Ausgewanderten bleibt ungiltig, wenn auch der Erblasser erst nach Aufhebung dieser Beschränkung gestorben ist. — 21) Entsch. G. Z. 1855, Nr. 89 u. 90 (= Sammlung I Nr. 78.) Vgl. Ehrenfeld G. Z. 1862 Nr. 1—3. — 22) Savigny S. 489, Jud. Buch Nr. 27. — 23) Unger S. 148. Also auch wenn das Recht nach dem neuen Gesetz unverjährbar ist, wird die Fortsetzung der Verjährung zulässig bleiben. — 24) Wie aber, wenn eine auf Grund eines falschen Schuldscheins intabulirte Forderung 1870 an Jemand bücherlich übertragen wurde, der sie im Vertrauen auf das öffentliche Buch übernimmt? Nach §. 1467 hätte er das Recht 1873 ersessen. Kann er die Ersitzung fortsetzen bezw. hat er dies nöthig, da nach §. 63 des 1872 in Wirksamkeit getretenen G. B. G. solche Eintragungen sofort wirksam sind?

Digitized by Google

C. In örtlicher Beziehung.[1])

§. 21.

1. Allgemeine Grundsätze.

Rechtsverhältnisse führen auch eine örtliche Existenz. Daher die Frage: Auf welche zur Zeit der Wirksamkeit einer bestimmten Rechtsnorm in verschiedenen Orten vorkommende Rechtsverhältnisse ist diese Norm anzuwenden, insbes. ist sie anwendbar auch auf die im Auslande oder mit Ausländern zu Stande gekommenen Geschäfte und überhaupt auf Rechtsverhältnisse, welche durch die Lage des Rechtsobjectes oder eine sonstige Beziehung mit dem Auslande in Verbindung stehen? — eine Frage, die schon in das Gebiet des Völkerrechtes streift. Die älteste Zeit löste sie nach dem Princip der Nationalität (römischrechtliche Behandlung der Peregrinen[2]), germanische Volksrechte[3]); System der persönlichen Rechte oder Stammesrechte, noch im späten Mittelalter auf die Juden als Fremde[4]) und die Geistlichen, welche nach römischem Rechte lebten, angewendet, noch heute hinsichtlich der im osmanischen Reiche weilenden Fremden und bei einem im Auslande befindlichen Armeecorps theilweise wirksam).[5]) Im späteren Mittelalter das Territorialsystem entwickelt (das Gesetz findet Anwendung auf alle in dem Gebiete des betreffenden Staates befindlichen Personen). Keines der beiden Systeme ist in voller Schärfe der Verwirklichung fähig, das erste nicht, weil Rechtsverhältnisse auch zwischen Nationalen und Nichtnationalen bestehen können, das letztere nicht, weil das subjective Recht als etwas Bleibendes nicht abhängig gemacht werden kann von dem wechselnden Aufenthalt seines Trägers.[6]) In fortschreitender völkerrechtlicher Gemeinschaft hat sich so das Territorialprincip zu einer bloßen Regel[7]) abgeschwächt, welche da, wo es das Princip der Gleichheit der Behandlung der Einheimischen und Fremden fordert, auch die Anwendung fremden Rechtes gestattet. Wann aber letzteres der Fall sei, ist streitig. Eine gewisse Allgemeinheit errang die Theorie der sog. Personal-, Real- und gemischten Statuten.[8]) Ursprünglich: Gesetze, welche vorzugsweise die Person und deren Zustände, — die unbeweglichen Sachen, — keines von beiden (nach Anderen: beides) zum Gegenstande haben; die Personalstatuten sollten angewendet werden auf alle Personen, welche in dem Gebiet des Gesetzgebers ihren Wohnsitz haben, die Realstatuten auf alle daselbst gelegenen Grundstücke, die gemischten auf alle daselbst vorkommenden Handlungen. Später: Personalstatuten = die Gesetze des Domicils, denen allmählich auch die beweglichen Sachen unterworfen wurden: mobilia sequuntur personam[9]), Realstatuten jene der gelegenen Sache, gemischte jene des Ortes der Handlung. Gewiß ist auch diese Theorie unzureichend[10]), aber eine Einigung über eine geeignetere Grundlage noch nicht erzielt. Die meiste Zustimmung fand das von Savigny aufgestellte Princip, wonach jedes Rechtsverhältniß oder ein Element desselben vermöge seiner eigenthümlichen Natur auf das Rechtsgebiet hinweist, dem es unterworfen ist, diese Natur und dieses Rechtsgebiet daher zu erkennen und aufzusuchen ist.

Digitized by Google

Im b. G. B.[11]) ist recipirt die Theorie der Personal-, Real- und gemischten Statuten mit der Modification, daß bei der Anwendung der Personalstatuten regelmäßig[12]) nicht das Domicil, sondern die Staatsbürgerschaft[13]) maßgebend ist, und daß sich daher auch die Rechtsverhältnisse in Betreff der beweglichen Sachen nach letzterer richten (Hofd. 22. Juli 1812, Pat. 9. Aug. 1854 §. 22). Personalstatuten §. 4, 34, 300 a. E.; Realstatuten §. 300 a. A.; gemischte Statuten §. 35—37. Nur wo diese Grundsätze nicht ausreichen, insbesondere für die Beurtheilung der Familienrechtsverhältnisse, kann von der verbesserten Doctrin der Neuzeit Gebrauch gemacht werden.[14]) Den Inhalt des ausländischen Rechtes hat Jener zu beweisen, der sich darauf beruft.[15]) — Allgemeine Ausnahmen von diesen Grundsätzen: 1) Absolute Gesetze des Inlandes beanspruchen in demselben ausnahmslose Anwendbarkeit (es sei denn das Privatinteresse Einzelner ihr überwiegendes Motiv)[16]), denn die Gesetzgebung will solche Principien zur unbedingten Geltung bringen (Verbot der Polygamie). Von absoluter Natur ist überhaupt die Tendenz der Gesetzgebung auch insofern, als sie nach ihrem Sinn und Geist aus Gründen des öffentlichen Wohles oder der Sittlichkeit ein ausländisches Rechtsinstitut verwirft[17]) (Sklaverei, Besitzunfähigkeit geistlicher Corporationen, Hypothek an beweglichen Sachen, unbedingte Vindication letzterer u. dgl.). 2) Die Anwendung fremden Rechtes, auf dem Princip völkerrechtlicher Gemeinschaft oder Gegenseitigkeit beruhend, tritt nicht ein, wo diese Voraussetzung fehlt (Retorsionsfälle §. 33 b. G. B. §. 23 d. Pat. v. 9. August 1854). 3) Ueberhaupt gelten die Grundsätze des internationalen Privatrechtes nur zwischen Staaten von christlich-europäischer Bildung.[18]) Daher dienen (kais. Vdg. 29. Jänner 1855 Nr. 23 R. G. B., §. 8) rücksichtlich der im osmanischen Reich[19]) sich aufhaltenden österr. Unterthanen bei Entscheidung der den Consulargerichten zugewiesenen[20]) Angelegenheiten die österreichischen Gesetze (bezw. Gewohnheitsrecht oder besondere Anordnungen) zur Richtschnur. — Uebrigens gelten die Grundsätze des internationalen Privatrechtes nicht nur von Staat zu Staat, sondern auch im Verhältniß zwischen verschiedenen Territorien desselben Staates, welche abweichende Privatrechtsgesetzgebungen haben.[21])

1) Die reiche Literatur bei Günther in Weiske's Rechtslex. IV. S. 721 f. Unger I. S. 149. Besque Handbuch des in Oesterreich geltenden internationalen Privatrechts (1860); [2. Aufl. Hdb. d. in Oesterr.-Ungarn g. i. P. R. 1878.] Martin Archiv f. prakt. R. W. N. F. V. S. 225—279. — 2) Savigny VIII. S. 39—89. — 3) Eichhorn I. S. 264 f. — 4) Gerber §. 44. — 5) Besque S. 26 f. Vgl. Hofkriegsraths-Vdgen. 13. Juli 1798, 6. März 1799, 5. Decemb. 1846 bei Sachsenheim S. 625 f. — 6) Es wirkt hier zum Theil derselbe Grund, der für das Princip der Nichtrückwirkung maßgebend ist, die Achtung der unter der Herrschaft eines bestimmten positiven Rechtes erworbenen subjectiven Rechte. — 7) So Bluntschli Deutsches Privatrecht S. 18 f. Thöl Einleitung §. 72. Walter System §. 40. Martin S. 225 f. — 8) Der Ausdruck Statut ist italienischen Ursprungs Savigny S. 21. — 9) Diese Fiction bildete sich zuerst auf dem Gebiete des Erbrechtes aus, wurde aber später mit Unrecht auch auf Fälle bezogen,

Digitized by Google

wo Mobilien als einzelne Sachen in Betracht kommen. Savigny S. 171 f. Vgl. Unger S. 156. — 10) Savigny S. 121 f. — 11) Daß dasselbe vom Territorialprincip ausgeht, beweist schon §. 1: „Einwohner des Staates unter sich." — 12) Ausnahme in §. 34 b. G. B. — 13) So auch viele gemeinrechtliche Schriftsteller z. B. Günther S. 727, Holzschuher Theorie und Casuistik I. S. 64; Roßhirt im Civil. Archiv. Band 46, S. 311 f. vgl. Deutsche Wechselordnung Art. 84. Code civ. a. 3. — Die in der vorigen Note behauptete Ausnahme ist sehr bestritten und unsicher; principiell läßt sich dagegen sagen, daß nur der Gesetzgeber des Heimathlandes berufen sein kann, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Angehörigen desselben zu normiren; und auch §. 34 b. G. B. läßt sich dahin verstehen, daß die Staatsbürgerschaft maßgebend sei, nur hat sie der österreichische Richter lediglich nach den dort angegebenen Momenten zu beurtheilen. Im Erbrecht entscheidet ja auch nur die Staatsangehörigkeit (Pat. 9. Aug. 1854 §. 21—23), nur wird dem in das Inland verlegten Domicil eines Fremden Rechnung getragen (Pat. cit. §. 24, Vdg. 19. Juni 1850 Nr. 242), und bei der Ehefähigkeit zwischen österreichischen Staatsbürgern entscheidet die Landesangehörgkeit (Art. V des Kundm. Pat. f. Ung. u. Siebenb.). — 14) Unger S. 163. Vesque S. 8. — 15) Hofd. 23. Oct. 1801. (Wessely Handb. I. Nr. 487). Wie wenn er den Beweis nicht erbringen kann? Dann ist er auf Widerspruch des Gegentheils abzuweisen. Die Praxis des O. G. H. (für welche Pat. 9. Aug. 1854 §. 23, 25 spricht) wendet das österreichische Recht an und schiebt die Beweislast immer dem Ausländer zu. Entsch. G. Z. 1860 Nr. 57, G. H. 1858 Nr. 50. [= Peitler Sammlung wechselr. Entsch. I. Nr. 174. 133.] — 16) Wie z. B. bei gesetzlichen Zinsbeschränkungen. — 17) Savigny S. 33, 37 f., 162 f. macht daraus einen selbständigen zweiten Ausnahmsfall. Dagegen Martin S. 242 Note 20, der mit Recht bemerkt, daß es nicht genügt, daß die einheimische Gesetzgebung ein ausländisches Rechtsinstitut nicht anerkennt, — sie muß es aus religiösen oder sittlichen Gründen verwerfen. Auch in einem Lande, welches die cura prodigi oder sexus nicht kennt, wird diese Einfluß nehmen auf die Handlungsfähigkeit eines Angehörigen eines Landes, das diese Institute kennt. Dasselbe behauptet Martin vom bürgerlichen Tode. — 18) Günther S. 723, 753 f. — 19) Ebenso Tunis, Marokko, Persien. Vesque S. 234 f. In den Donaufürstenthümern ist die Praxis längst eine schwankende. G. H. 1867 Nr. 59 [S. 265 f.]. — 20) Passarowitzer Tractat 27. Juli 1718 art. 5. Vesque S. 233 f. — 21) Savigny S. 19—23, 27. Unger S. 150 f. Anders Puchta Pand. §. 113. — Aus unserer Gesetzgebung: Pat. 7. Sept. 1782 Nr. 78, 17. Febr. 1792 Nr. 225. J. G. S. Just. Min. E. 19. Juni 1850 Nr. 242 R. G. B. —

§. 22.

2. Erörterung einzelner Fälle.

I. Die persönliche Fähigkeit wird bei Inländern nach den inländischen (§. 4)[1]), bei Ausländern nach jenen Gesetzen beurtheilt, denen sie nach ihrem Wohnsitze[2]), und wenn sie einen solchen nicht hätten, vermöge

Digitized by Google

ihrer Geburt d. i. vermöge des zur Zeit derselben bestandenen Wohnsitzes ihres Vaters[8]) unterworfen sind (§ 34).[4]) Bei mehrfachem Wohnsitz des Ausländers bleibt der erstbegründete maßgebend.[5]) Nach diesen Gesetzen ist sowohl der Zustand der Person an sich, als auch dessen Wirkungen zu beurtheilen. (Stufen der Handlungs- oder Rechtsfähigkeit an Altersstufen geknüpft,[6]) Geisteskrankheit und deren rechtliche Wirkungen, rechtliche Beschränkungen des weiblichen Geschlechts[7]), Prodigalitätserklärung[8]), Wechselfähigkeit[9]), Ehemündigkeit[10]), Rechtsfähigkeit juristischer Personen)[11]); auch bei Unternehmung dinglicher Acte rücksichtlich unbeweglicher Güter[12]) richtet sich die Beurtheilung der persönlichen Fähigkeit nach diesen Gesetzen, trotz der allgemein klingenden Fassung des §. 300 b. G. B. — Aendert sich die Staatsbürgerschaft (der Wohnsitz), so ändert sich damit auch die Rechts- und Handlungsfähigkeit[13]), doch nicht (nach österreichischem Recht) die einmal erlangte Volljährigkeit. Ausnahmen von dem Gesagten: 1) Absolute Gesetze des Inlandes kommen auch auf Ausländer zur Anwendung.[14]) 2) Verwirft das inländische Gesetz gewisse ausländische Rechtsinstitute[15]), so entfällt die Anwendung des ausländischen Gesetzes. 3) Die Testirungsfähigkeit richtet sich rücksichtlich der im Inland gelegenen Immobilien nach dem inländischen Gesetz. 4) Wechselfähigkeit art. 84 W. O. 5) Retorsionsfälle.

II. Sachenrecht. Die Anwendung der Realstatuten auf erbrechtliche Fragen[16]) zeigte die Unhaltbarkeit der älteren Doctrin, da es sehr unzukömmlich sein mußte, so viele Erbschaften zu bilden, als es Territorien gab, in welchen der Erblasser (unbewegliche oder selbst bewegliche) Sachen besaß. Daher: mobilia ossibus inhaerent, personam sequuntur.[17]) Dieser Satz wurde sodann[18]) auch auf Fälle angewendet, wo es sich um Rechte an einzelnen Sachen handelte, nur rücksichtlich der Immobilien hielt man an den Realstatuten durchgehends fest. Erst die neuere Doctrin unterscheidet mit gutem Grunde nicht mehr zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur, ob es sich um einzelne Sachen oder um ein ganzes Vermögen handelt, und läßt im ersten Falle die lex rei sitae (Realstatuten[19]) im zweiten die lex domicilii (Personalstatuten) entscheiden. — Der Inhalt des auf der älteren Doctrin beruhenden §. 300 b. G. B. führt zwar zuweilen zu Unzukömmlichkeiten, hat aber den Vorzug einer überwiegenden Verbreitung, indem englische, amerikanische, französische, zum Theil auch deutsche Schriftsteller mit Strenge an demselben Grundsatze festhalten und die preußische und französische Gesetzgebung damit übereinstimmen.[20]) Auch rechtfertigt er sich durch die deutschrechtliche Idee des sogenannten Landsassiatus plenus aut minus plenus[21]), wonach der Besitzer eines im Auslande gelegenen unbeweglichen Gutes in gewissen Beziehungen als am Orte dieses Gutes wohnhaft fingirt wird. Und zwar geht der erst mit Hilfe der historischen Interpretation zu entwickelnde Sinn des §. 300 dahin, daß alle Thatsachen, deren unmittelbare Wirkung Erwerb oder Verlust eines dinglichen Rechtes an einer körperlichen Sache ist, wenn sie unbeweglich ist, nach der lex rei sitae, im Gegentheile nach den Gesetzen des Territoriums, dem ihr Eigenthümer angehört (Personalstatuten im öster-

Digitized by Google

reichischen Sinne) zu beurtheilen sind. Danach sind nicht nur die Erwerbs- und Verlustarten dinglicher Rechte an einzelnen Sachen, sondern auch der Erbgang und die Familienverhältnisse insofern zu beurtheilen, als ihre unmittelbare Wirkung Erwerb oder Verlust eines Vermögens oder darauf sich beziehender dinglicher Rechte ist. Dagegen bezieht sich §. 300 nicht auf jene Thatsachen, die nur einen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes (Rechtstitel) begründen (§. 35—37 b. G. B.). Der §. 300 setzt übrigens voraus, daß die Vorfrage, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich ist, unbestritten sei. Ueber diese Vorfrage entscheidet die lex rei sitae.[22]) Ebenso auch über die Frage des Besitzes, da dieser nicht ein Recht, sondern ein factischer Zustand ist und sein Schutz die Zweifelhaftigkeit des Eigenthums voraussetzt.[23]) Eine Wirkung des Besitzes ist die Ersitzung; es sind also auch die Erfordernisse der Ersitzung einer beweglichen Sache durch einen Inländer im Auslande oder einen Ausländer im Inlande nach der lex rei sitae zu beurtheilen[24]); ebenso die Frage, ob eine Sache derelinquirt und von einem Dritten rechtmäßig occupirt sei[25]), da dieser Erwerbsfall auf der Ungewißheit des wahren Eigenthümers beruht. Auch ist die Anwendung des §. 300 ausgeschlossen bei der Frage, ob eine Sache im Verkehr stehe[26]), ob die die Occupation beschränkenden Normen[27]) anwendbar seien, oder wenn es sich um andere Gesetze zwingender Natur[28]) handelt. Auch Retorsionsfälle können eine Ausnahme begründen.

Insbesondere: A. Immobilien.

1) Eigenthum. Die lex rei sitae entscheidet über den Inhalt des Eigenthumsrechtes, also auch über Beschränkungen durch sogenannte Legalservituten und Grundsätze des öffentlichen Rechtes, sowie über Erweiterungen durch sogenannte Realrechte (Jagdrecht, Fischereirecht u. s. w.). Ebenso über den Erwerb, insbesondere ob er durch bloßen Vertrag, oder Tradition oder Intabulation erfolge, und welches die Erfordernisse dieser Acte sind; auf den Ort, an welchem dieselben vorgenommen werden, und auf die Staatsbürgerschaft der handelnden Personen kommt es gar nicht an (§. 178 des Pat. v. 9. Aug. 1854), und genügt, was die Form dieser dinglichen Acte betrifft, jedenfalls auch die am Orte der Errichtung derselben vorgeschriebene (arg. Hofd. 22. Juli 1812). Die persönliche Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben oder aufzugeben, ist, den Fall eines streng zwingenden Gesetzes ausgenommen, nach den Personalstatuten, und der den Rechtstitel schaffende obligatorische Act nach den gemischten Statuten zu beurtheilen. — Der originäre Erwerb (neu entstandene Insel, §. 824, Ersitzung) richtet sich wieder nach den Realstatuten, ebenso der Verlust des Grundeigenthums und die Verfolgbarkeit desselben sowie die mit der Eigenthumsklage verbundenen Rechtswirkungen.[29])

2) Erbpacht, Erbzins, Bodenzins. Maßgebend die lex rei sitae, da §. 359, 1122 ff. diese Rechte als Arten des Eigenthums ansehen.

3) Servituten. Unbestritten lex rei sitae. Ebenso

4) Pfandrecht. Wenn an dem Orte der gelegenen Sache das Pfandrecht durch bloßen Vertrag entsteht oder sich stillschweigend an gewisse Thatsachen anknüpft oder daselbst Generalhypotheken zulässig sind, so entsteht das

Digitized by Google

Pfandrecht daran, mögen auch die dasselbe begründenden Thatsachen an einem Orte vollzogen worden sein, wo diesfalls die Grundsätze der Publicität und Specialität gelten, und mögen sie auch von einem Angehörigen dieses Ortes vorgenommen worden sein. Und kann nach der lex rei sitae das Pfandrecht nur als Specialpfandrecht und durch Intabulation entstehen, so gilt dies auch, wenn an dem Orte der Verpfändung römisches Recht gilt, und der römisch-rechtliche Pfandvertrag wird höchstens als Rechtstitel, die Intabulation zu fordern, dienen können. Ebenso ist die lex rei sitae maßgebend für die Rangordnung mehrerer Hypothekengläubiger unter einander und die sonstigen zwischen ihnen als solchen bestehenden Rechtsverhältnisse.

5) Die nämlichen Grundsätze gelten auch für andere dingliche Rechte, die in einzelnen Particularrechten vorkommen. Wenn z. B. ein Oesterreicher ein in Preußen (wo das Recht des Miethers oder Pächters ein dingliches ist — A. L. R. I. 2. §. 135 ff.) gelegenes Haus vermiethet und es später veräußert, so gilt, mögen auch beide Verträge in Oesterreich errichtet worden sein, dennoch nicht der Grundsatz: Kauf bricht Miethe. (§. 1120 b. G. B.)

B. Mobilien.

1) Eigenthum. Der derivative Erwerb richtet sich nach den Personalstatuten des bisherigen[30]) Eigenthümers[31]); ebenso der originäre Erwerb durch Verarbeitung; die übrigen originären Erwerbsarten dagegen nach der lex rei sitae.[32]) Bei der Ersitzung findet, falls die Sache vor deren Vollendung in ein anderes Territorium, dessen Gesetze abweichende Erfordernisse aufstellen, gebracht wurde, zwar Accession aller Besitzzeiten statt, allein die Erfordernisse der Ersitzung müssen immer nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden, in welchen sich die Sache zuletzt befindet, weil erst die Vollendung der Ersitzung ein wirkliches Recht gewährt.[33]) — Die Verfolgbarkeit des Eigenthums richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, wo die diese hemmenden Thatsachen vorgefallen sind.[34])

2) Servituten richten sich nach den Gesetzen des Eigenthümers der Sache. Ist er ein Fremder, so gelten in Oesterreich für deren derivativen Erwerb die fremden Gesetze; der originäre durch Ersitzung richtet sich nach der lex rei sitae.

3) Gleiche Grundsätze gelten vom Erwerb des Pfandrechtes, sofern nicht absolute Gesetze entgegenstehen. Wenn ein Fremder aus einem Lande des gemeinen Rechtes die daselbst befindlichen Sachen durch ein in Oesterreich abgeschlossenes pactum hypoth. verpfändet oder eine Generalverpfändung oder eine Thatsache vollzieht, an welche sich nach seinen Personalstatuten das stillschweigende Pfandrecht knüpft, so sind diese Thatsachen allerdings wirksam. Befinden sich aber bewegliche Sachen dieses Fremden im Inland, oder bringt er die im Auslande ohne Tradition verpfändeten Sachen nach Oesterreich, so gehört zur Begründung oder Aufrechthaltung des Pfandrechtes die Tradition (absolutes Gesetz).[35])

III. Obligationenrecht. Aeltere Doctrin: Maßgebend das Recht des Entstehungsortes; später: jenes Recht, welchem sich die Parteien unterworfen haben, und nur, wenn nichts bestimmt ist, im Zweifel das Recht des

Digitized by Google

Entstehungsortes (locus regit actum). So im Wesentlichen auch das österreichische Recht.[36])

A. Vertragsobligationen werden im Zweifel nach dem Rechte des Ortes beurtheilt, wo der Vertrag zu Stande kam (§. 36, 37 b. G. B.). Durch Briefwechsel (oder Boten) entstehen Verträge erst mit dem Empfang der zustimmenden Antwort, der Ort dieses Empfanges ist daher auch der Ort des anzuwendenden Rechtes.[37]) Doch ist jener Grundsatz nur eine Auslegungsregel; er kömmt daher nicht zur Anwendung 1) wenn die Parteien offenbar ein anderes Recht zu Grunde gelegt haben (§. 36, 37 i. f.), entweder durch ausdrückliche Verabredung oder stillschweigend, namentlich durch Festsetzung eines bestimmten Erfüllungsortes[38]) oder durch den Gebrauch einer dem Gesetze des Abschließungsortes fremdartigen Form. Ein Vertrag von Inländern im Inland geschlossen, unterliegt aber dieser Willkür nicht, sondern untersteht immer dem österreichischen Recht (§. 36 a. A. b. G. B.)[39]) 2) wenn der Ort des Geschäftsabschlusses ein indifferenter ist, den Parteien gar nicht zum Bewußtsein kommt (Eisenbahnfahrt durch verschiedene Territorien), ist das Recht des Erfüllungsortes maßgebend. 3) Ehepacten unterliegen den Personalstatuten des Ehemannes.[40]) 4) Geschäfte, durch welche ein Ausländer im Inlande Jemandem unentgeltlich Rechte gewährt, unterliegen singulärer Weise entweder dem österreichischen Recht oder dem in der Heimath des Ausländers geltenden Recht, je nachdem sie nach dem einen oder dem anderen besser bestehen.[41]) 5) Geschäfte, welche von österreichischen Unterthanen und Schutzgenossen unter einander oder mit Unterthanen dritter Staaten im osmanischen Reiche eingegangen werden, sind im Zweifel nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen (kais. Vdg. v. 29. Jänner 1855 Nr. 23, Min. Vdg. 3. März 1855 §. 13 R. G. B. Nr. 58). 6) Ein im Auslande abgeschlossener (dort erlaubter), dem inländischen jus publicum zuwiderlaufender Vertrag[42]) kann vom österreichischen Richter nicht als giltig behandelt werden. Anders wenn das verbietende österreichische Gesetz nur Billigkeitsrücksichten zur Rechtspflicht erhebt.[43])

Nach dem Rechte, unter dessen Herrschaft hienach die Vertragsobligation steht, richten sich die wesentlichen Erfordernisse des Vertrags (mit Ausnahme der persönlichen Fähigkeit), also auch Einfluß von Furcht, Irrthum, Bedingung, Zeitbestimmung, Auflage, Scherz, Simulation, Mentalreservation, ferner die civilrechtlichen Wirkungen derselben, Klagbarkeit[44]), Gewährleistung, laesio enormis, Nebenverbindlichkeiten, Widerruflichkeit einer Schenkung, Voraussetzungen und Höhe der Verzugszinsen, Verjährung. Ueber die Form s. unten. Die Auslegung des Vertrages unterliegt den allgemeinen Auslegungsregeln; die Ergänzung derselben durch Dispositionsnormen geschieht durch das Recht, unter dessen Herrschaft der Vertrag fällt.

B. Ueber das örtliche Recht der Delictsobligationen enthält das G. B. keine Bestimmung.[45]) Nach der Natur der Sache ist der Sitz der Delictsobligation an dem Orte des begangenen Delicts. Nach dem Rechte dieses Ortes[46]) ist demnach zu beurtheilen, ob nur damnum emergens oder auch lucrum cessans, und in welchem Quantum und Quale zu ersetzen, ob

Digitized by Google

auch eine Privatstrafe zu entrichten ist, ob und wer und ob solidarisch oder pro parte mitzuhaften habe u. s. w. Auch die Ansprüche einer verführten Weibsperson auf Entschädigung[47]) richten sich nach diesem Rechte. Die Zurechnungsfähigkeit nach dem Personalstatut. Der Sitz von Unterlassungsdelicten ist der Ort, an welchem die Verbindlichkeit zu erfüllen war.

C. Andere Rechtsgründe. Einseitige Rechtsgeschäfte unterliegen den Regeln über Vertragsobligationen, entscheidend ist also das Recht des Ortes, an welchem die Handlung vorfiel. Für Obligationen aus Zuständen aber ist bei jedem einzelnen Zustande dessen örtliche Beziehung aufzusuchen und danach sein örtliches Recht zu bestimmen.

IV. Familienrecht. Dasselbe hat „am meisten Aehnlichkeit mit dem Zustand der Person an sich“[48]); entscheidend ist also nicht das Recht des Ortes, wo die rechtsbegründenden Thatsachen vorfielen (gemischte Statuten), sondern jenes, dem die Hauptperson in diesem Verhältnisse untersteht (Personalstatuten). Danach richten sich auch die im Familienverhältniß begründeten Vermögensrechte.

A. Ehe. Ihre Giltigkeit ist nach dem Recht zu beurtheilen, dem der Mann zur Zeit der Eheschließung für seine Person untersteht, also wenn er Oesterreicher ist, nach österreichischem, wenn er ein Fremder ist, nach dem Rechte seines Wohnsitzes resp. seiner Geburt[49]) — denn er ist das Haupt der Familie. Auf den Ort der Trauung kommt es nicht an. Nach diesem Rechte ist insbesondere der Bestand allfälliger Ehehinderniſſe zu beurtheilen, ohne Rücksicht auf die Staatsbürgerschaft der Frau.[50]) Ausnahme jedoch bei jenen Ehehinderniſſen, welche auf dem Mangel der persönlichen Fähigkeit zur Eingehung der Ehe beruhen; diese sind nach dem Rechte jenes Gebietes zu beurtheilen, welchem jeder Theil für sich angehört (Art. V. des Kundm. Pat. für Ungarn und Siebenb., Hofd. 22. Decemb. 1814 J. G. S. Nr. 1118 [Anhang Nr. 15] Erl. des Cult. Min. 22. Juli 1852 Z. 1954 [Michel S. 132]). Die Förmlichkeiten der Eheschließung richten sich nach dem Gesetze des Staates, in welchem dieselbe stattfindet (Erlaß von 1852 cit.). Die so giltig geschlossene Ehe bleibt auch giltig bei einer späteren Aenderung der Staatsbürgerschaft oder des Wohnsitzes. Die Zuläſſigkeit einer Trennung oder Scheidung richtet sich nach den Gesetzen der jeweiligen Staatsbürgerschaft bezw. bei Fremden des jeweiligen Wohnsitzes.[51]) Das Eheverlöbniß ist nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, an welchem auf die Erfüllung geklagt wird, da diese streng zwingender Natur sind.[52]) Der Umfang der ehemännlichen Gewalt richtet sich nach der jeweiligen Staatsbürgerschaft bezw. nach dem jeweiligen Wohnsitz des Mannes[53]), das eheliche Güterrecht nach den Personalstatuten des Mannes zur Zeit der Eheschließung und zwar sowohl das gesetzliche,[54]) als das auf Ehepakten beruhende, insbesondere also auch die Frage, ob durch die Ehe Gütergemeinschaft oder Dotalsystem begründet wurde; nur kommen, sofern es sich um unbewegliche Güter handelt, diesfalls die Realstatuten zur Anwendung.[55]) Verändern die Gatten ihren Wohnsitz, so ändert sich dadurch nichts in dem bestehenden Ehegüterrecht.[56]) Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten gilt

Digitized by Google

nur für solche Eheleute, welche zur Zeit der Schenkung (nach §. 34 b. G. B.) Angehörige eines solchen Gebietes sind, in welchem das Verbot besteht, ist aber dann auch für die in Oesterreich befindlichen Vermögensbestandtheile derselben wirksam, während eine Schenkung österreichischer Ehegatten giltig ist, auch wenn sie sich auf das Vermögen bezieht, daß sich in einem Lande des gemeinen Rechtes befindet. Das Intestaterbrecht der Ehegatten richtet sich nur insoferne, als es mit dem bestimmten ehelichen Güterrecht in untrennbarem Zusammenhange steht, nach den für letzteres geltenden Gesetzen.

B. Eltern- und Kindesrecht. Die Entstehung der väterlichen Gewalt richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, welchem der Vater zur Zeit der rechtsbegründenden Thatsache vermöge seiner Staatsbürgerschaft (bezw. seines Wohnsitzes) angehört[57]); der Umfang derselben nach der jeweiligen Staatsbürgerschaft.[58]) Die Adoption ist nach den Gesetzen, denen der Adoptirende zur Zeit derselben für seine Person unterliegt, die Legitimation durch nachfolgende Ehe nach den Gesetzen des Staates, denen der Legitimirende zur Zeit der Eheschließung untersteht, zu beurtheilen. Die Auflösung der väterlichen Gewalt richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, dem der Vater zur Zeit angehört, wo dieselbe aufhören soll.[59]) Die mit der väterlichen oder elterlichen Gewalt verbundenen Vermögensrechte richten sich, weil aus ersterer hervorgehend, ebenfalls nach der jeweiligen Staatsbürgerschaft bezw. Wohnsitz des Vaters, so daß eine Veränderung in dieser auch eine Veränderung in den Vermögensverhältnissen hervorbringt.[60]) Diese beziehen sich übrigens auf das wo immer befindliche, selbst unbewegliche Vermögen.[61]) Die Rechte zwischen unehelichen Eltern und Kindern richten sich nach dem jeweiligen Personalstatut der ersteren[62]), und es kann also für Vater und Mutter auch ein verschiedenes örtliches Recht zur Anwendung kommen. Die Paternitätsklage (absolutes Gesetz) richtet sich nach dem Rechte des angerufenen Richters.

C. Vormundschaft. Maßgebend im Allgemeinen das Recht des Wohnsitzes des Mündels, nach welchem sich auch die Competenz der Vormundschaftsbehörde richtet. Danach sind die auf die Errichtung der Vormundschaft (vgl. §§. 191—199 b. G. B.), die auf deren Verwaltung und die aus der Vormundschaftsführung hervorgehenden Rechte und Pflichten Bezug nehmenden Fragen zu beurtheilen, und der im Auslande giltig bestellte Vormund ist auch in Oesterreich als solcher anzuerkennen und zwar mit dem ihm im ausländischen Rechte eingeräumten Wirkungskreise.[63]) Besitzt jedoch ein ausländischer Mündel im Inlande oder ein inländischer im Auslande unbewegliche Güter, so wird zu deren Verwaltung von der Behörde, in deren Bezirk das Gut liegt, ein besonderer Curator bestellt, dessen Verwaltung sich nach der lex rei sitae richtet. (§. 225 b. G. B.)[64]) Die Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft richtet sich nach den Gesetzen des Wohnortes des Vormundes. (§. 200 b. G. B.)

V. Erbrecht. Nach der älteren Doctrin und dem österreichischen Recht sind die erbrechtlichen Fragen,[65]) soweit es sich um bewegliches Nachlaßvermögen handelt, regelmäßig nach dem Recht der Staatsbürgerschaft des Ver-

Digitized by Google

storbenen, soweit es sich um unbewegliches Vermögen handelt, nach den Realstatuten zu beurtheilen.[66])

Succession in den beweglichen Nachlaß ohne Unterschied seiner Lage: Pat. 9. August 1854 §. 21, 23. Allg. J. N. §. 80. Ausnahme rücksichtlich des beweglichen Vermögens jener Ausländer, die einem Staate angehören, der sich nicht nach gleichen Grundsätzen benimmt[67]), oder dessen Benehmungsweise nicht ermittelt werden kann (Pat. cit. §. 23), oder die in Oesterreich ihren Wohnsitz genommen haben, wofern sich zugleich alle Betheiligten dem österreichischen Gerichte unterworfen haben (§. 24, 140 ebenda), oder endlich die keinem Staate angehören oder deren Staatsangehörigkeit nicht ermittelt werden kann, — in welchen Fällen die Competenz der österreichischen Gerichte und die Anwendung österreichischer Gesetze einzutreten hat (§. 25 ebenda).[68])

Für die Succession in das unbewegliche Vermögen ist weder Staatsbürgerschaft noch Wohnsitz, sondern nur das Recht der Lage des unbeweglichen Gutes entscheidend, §. 300 b. G. B., der freilich etwas zu allgemein lautet.[69]) Hofd. 22. Juli 1812, Pat. 9. August 1854. §. 21, 22. Gleiche Grundsätze[70]) in den Patenten 7. September 1782 Nr. 78, 17. Februar 1792 Nr. 225 J. G. G. für die Regelung erbrechtlicher Angelegenheiten zwischen Angehörigen der deutschen Erbländer und der Länder der ungarischen Krone; eine Modification im J. M. E. 19. Juni 1850 Nr. 242 R. G. B.

Die Folge dieser Behandlung ist die nicht wegzuleugnende Unzukömmlichkeit, daß, wenn der Erblasser in verschiedenen Staaten unbewegliche Güter hinterließ, für jeden Staat eine andere erbrechtliche Succession eintreten kann, und daß die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger und Legatare gegen die verschiedenen Erben oft unlösliche Collisionen erzeugen.

Nach den angegebenen Grundsätzen[71]) ist zu entscheiden: ob eine Todeserklärung dem physischen Tode gleich zu achten sei oder in Ansehung der im Inland gelegenen Immobilien eine neue Todeserklärung des Vermögenssubjectes einzuleiten sei, ob der Erbanfall einen wirklichen Erbrechtserwerb mit Transmissibilität (§. 536, 537 b. G. B.) oder nur die Möglichkeit eines solchen Erwerbes bilde, ob die Intestat-, die testamentarische oder die vertragsmäßige Erbfolge Platz greife, wer als Intestaterbe eintrete oder ob Caducität Platz greife, ob der Testator testirungsfähig war, ob er auch zur Zeit seines Todes testirungsfähig sein muß, ob der letzte Wille wegen Furcht oder Irrthum ungiltig ist, der Einfluß einer Bedingung, Zeitbestimmung, Auflage, Art der Abgabe der letztwilligen Erklärung (§. 565 b. G. B.), ob und welche Notherben concurriren, Größe ihres Pflichttheils, gesetzliche Beschränkungen hinsichtlich des Inhalts der Verfügung, Rechtsverhältniß gegenüber Legataren und sonstigen Erbsansprechern, Zulässigkeit von Erbverträgen, Wirkung des Erbrechtserwerbes, insbesondere unbeschränkte oder Haftung nur ad vires hereditatis, Haftung von Miterben für Schulden und Vermächtnisse, Anspruch auf die falcidische Quart u. s. w. Die Erbfähigkeit der Erben und Legatare richtet sich jedoch, insofern sie nicht auf Gesetzen von streng zwingender Natur beruht (§. 539, 543, 544 b. G. B. u. A.), nach ihren eigenen Personalstatuten[72]), der Erbverzicht nach den über

Digitized by Google

das Erbrecht im Allgemeinen geltenden Gesetzen; über die äußere Form letztwilliger Anordnungen — s. sofort.

VI. Form der Rechtsgeschäfte. Eigentlich sollte sie nach jenen Grundsätzen beurtheilt werden, denen die sonstigen Erfordernisse des Geschäftes unterliegen. Allein da man am Ort der Errichtung die fragliche Form oft nicht beobachten könnte, hat sich seit dem 16. Jahrhundert gewohnheitsrechtlich der Satz entwickelt locus regit actum, der zwar nicht in allgemeiner Fassung, aber in einzelnen Anwendungen auch ins österreichische Recht übergegangen ist, der jedoch nicht ausschließt, daß auch jene Form genüge, die jenem Rechte entspricht, dem das Rechtsverhältniß im Allgemeinen unterliegt[73]) (arg. §. 35—37 b. G. B.). Danach 1) können letztwillige Verfügungen und Erbverträge wirksam in der Form des Errichtungsortes errichtet werden (Hofd. 22. Juli 1812, Just. Min. E. 19. Juni 1850 §. 5.) 2) Ebenso obligatorische Verträge (vgl. W. O. art. 85). 3) Die Form der Trauung richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, an welchem sie stattfindet (Cult. Min. E. 22. Juli 1852 Z. 1954). 4) Ebenso die übrigen familienrechtlichen Verträge. 5) Für die dinglichen Verträge gelten die für das daraus hervorgehende dingliche Recht maßgebenden Gesetze.[74])

1) Ebenso cod. civ. a. 3. Das A. L. R. Einl. §. 23, 24 läßt bei Einheimischen und Fremden durchaus den Wohnsitz entscheiden. Mit Unrecht findet Savigny S. 145 f., daß letzteres auch im österr. G. B. der Fall sei; vgl. Unger S. 164 Note 2. — 2) Die neuere Doctrin beurtheilt ausschließlich nach diesem die persönliche Fähigkeit; mit Grund — denn das Domicil ist allenthalben der Bestimmungsgrund für den Gerichtsstand, und damit der Staatsangehörigkeit in privatrechtlicher Beziehung. Eine andere Motivirung bei Gerber §. 32 und Unger S. 165 Note 4. — 3) Unger S. 166 Note 8. Besque S. 36. Savigny S. 102 f. Grund: weil dies ihr letzter Gerichtsstand ist, der ihnen bleibt, bis sie einen Wohnsitz gewählt haben. — 4) Damit ist dem inländischen Richter ein besserer Anhaltspunkt gegeben, als ihn die Untersuchung der jedesmaligen Staatsbürgerschaft bietet. Uebrigens ist der Rechtssatz selbst sehr bestritten. Für die Ansicht im Text spricht Min. Vdg. 19. Juni 1850 Nr. 242 R. G. B. und Pat. 9. Aug. 1854 §. 24. — 5) Es fehlt an jedem Grunde, an der einmal entstandenen juristischen Qualification eine Aenderung anzunehmen. Doch anders das A. L. R. Einl. §. 27 und Holzschuher I. S. 56. — 6) Ein von einem 22jährigen Oesterreicher in Frankreich eingegangener Kaufvertrag wird von dem österr. Gericht als nichtig, ein von einem 22jährigen Franzosen in Oesterreich eingegangener als giltig behandelt werden müssen, es sei denn, letzterer hätte sein Domicil in Oesterreich. — 7) Geschlechtsvormundschaft, SC. Vellejanum. — 8) A. M. Günther S. 729, weil es sich nur um eine polizeiliche Maßregel handle, die ihre Wirksamkeit nicht über die Grenzen des betreffenden Staates erstrecken könne. — 9) Art. 84 W. O. Savigny S. 149. ff. — 10) Kundm. Pat. v. 1852, 1853 Art. V. — 11) Günther S. 729; vgl. Ges. 29. März 1873 Nr. 42. R. G. B. Uebrigens können weder juristische Personen, noch physische, denen vermöge persönlicher Eigenschaften, z. B. wegen des Adels, besondere Bevor-

Digitized by Google

zugungen verliehen sind, letztere im Ausland geltend machen, da ein Privilegium nur im Inland Anwendung findet. — 12) In älterer Zeit wollte man diesfalls die Realstatuten anwenden; vgl. aber Savigny S. 138. — 13) Verlegt ein 22jähriger Russe seinen Wohnsitz nach Frankreich (oder jetzt [Ges. 9. December 1869] nach Preußen), so erscheint er sofort als volljährig. — 14) Ein inländisches Gesetz, welches die Besitzunfähigkeit der sog. todten Hand statuirt, trifft auch ausländische kirchliche Corporationen. — 15) Sklaverei, Leibeigenschaft, Ehrenminderung verbunden mit unehelicher Geburt oder einem gewissen Gewerbsbetrieb, Ausschließung der Ketzer vom Grundbesitz u. dgl. — 16) Savigny S. 172. — 17) Der Sinn dieser Parömie ist nicht der, daß sie der Person, sondern daß sie dem Wohnsitze derselben folgen. — 18) Dahin wirkte auch der scharfe Unterschied, den das ältere deutsche Recht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen machte. — 19) Das Gewaltverhältniß über die Sache kann nur dort begründet werden, wo sie liegt. Unger S. 173 Note 46. — Savigny S. 169 findet den Grund in freiwilliger Unterwerfung. — 20) Vgl. Savigny S. 117, 174. Gerber §. 32 und A.; A. L. R. Einl. §. 28, 32. Cod. civ. a. 3. Auch türkisches Gesetz v. 18. Juni 1867 s. R. G. B. von 1869 Nr. 5. — 21) Günther S. 726, 734. Gerber §. 47. — 22) Unger S. 175. Vesque S. 37. — 23) Bei Untersuchung der Besitzfrage darf das Eigenthum gar nicht berücksichtigt werden, ist auch oft ganz unbekannt. Bewegliche Sachen werden aber nach den Gesetzen des Staates, dem ihr bereits zweifelloser Eigenthümer angehört, auf Andere übertragen. — 24) Besitzt ein Oesterreicher in Preußen bewegliche Sachen (Ersitzungszeit dort 10 Jahre, in Oesterreich 3 Jahre), und dauert der Besitz bereits 5 Jahre, so ist noch nicht entschieden, wer der Eigenthümer sei, es kommt daher preuß. Recht zur Anwendung. — 25) Wenn ein Fremder in Oesterreich eine Sache verliert und diese gefunden wird, kann die Frage, ob sie nach Ablauf der Verjährungszeit (§. 392 b. G. B.) dem Finder zufalle, nicht nach den Personalstatuten des (unbekannten) Eigenthümers beurtheilt werden, sondern nur nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sache gefunden wurde. Unger S. 175. Vesque S. 38, 171. — 26) Z. B. ob ein Ausländer im Inlande verbotene Waffen verkaufen könne. — 27) Z. B. eine entgegenstehende Regalität. — 28) Z. B. §. 367 b. G. B.; es sind die Beschränkungen der Vindication wegen anvertrauten Gutes nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, an welchem sich die Sache zur Zeit jener Rechtshandlung befindet, aus welcher die Beschränkung abgeleitet wird. Keller S. 21 Note 3. (Dagegen Savigny S. 187 und Unger S. 178.) Auf diesem Grundsatze beruht auch Hofd. 20. Juni 1806 Nr. 769 und 21. Oct. 1809 Nr. 894 J. G. S., wonach die von einer ausländischen Regierung verfügte Aufhebung der Fideicommisse auf die in Oesterreich liegenden Fideicommißobjecte keinen Einfluß hat. — 29) Savigny S. 187 und Unger S. 176 wollen diesfalls das Recht des Prozeßortes entscheiden lassen, [was für Oesterreich, da die Klage nur beim forum rei sitae angebracht werden kann (J. N. §. 50 f.) auch zu dem Ergebniß des Textes führt]; allein die Verfolgbarkeit ist eine Wirkung des zu verfolgenden Rechtes, und muß daher mit diesem unter einerlei Gesetze stehen. Vgl. Vesque S. 170. — 30) Daß dieser, nicht der künftige gemeint ist, ergibt sich daraus, das der Erwerb auch

Digitized by Google

einen Verlust in sich schließt, für diesen aber sicher das Recht des bisherigen Eigenthümers maßgebend ist. — 31) Danach ist insbes. zu entscheiden, ob der Vertrag genügt oder auch Tradition erforderlich ist. Wenn ein Franzose im Inland seine hier befindlichen Mobilien an einen Oesterreicher veräußert, bedarf es keiner Tradition und der Erwerber hat die Vindication auch gegen denjenigen, dem der Franzose die Sache später mit oder ohne Tradition veräußert hätte. — 32) Occupation — weil es vor dieser einen Eigenthümer der Sache nicht gibt; Trennung — weil vor dieser die Sache als selbständige nicht existirt; Verbindung — weil sie aus mehreren Sachen Eine macht und diese nicht verschiedenen Gesetzgebungen zugleich unterliegen kann; Ersitzung — weil diese eine Wirkung des Besitzes ist (oben); Tradition an einen redlichen Erwerber (z B. §. 367) — weil dieser Erwerb auf einem zwingenden Rechtssatz beruht. — 33) Ist die Sache in diesem Staate unersitzbar, so würde die Ersitzung nicht Platz greifen. — 34) Die diesfälligen Gesetze sind von absoluter Natur und gewähren dem Beklagten ein Recht, welches auch in einem fremden Staate anerkannt werden muß. Wenn ein Fremder in einem Lande des gemeinen Rechtes seine Sache einem Anderen leiht und dieser sie einem Dritten verkauft, wird die Vindication gegen den letzteren auch in Oesterreich statthaft sein, nicht aber auch, wenn der widerrechtliche Verkauf in Oesterreich stattgehabt hätte. Wäre dies in Preußen erfolgt, so müßte der österr. Richter der Eigenthumsklage nur gegen Ersatz des ausgelegten Kaufpreises stattgeben (A. L. R. I. 15. §. 1, 26). Wäre der Fall in Frankreich eingetreten, so wäre die Vindication nicht zulässig (Cod. civ. a. 2279, 2102 Nr. 4). Die absolute Natur der die Verfolgbarkeit des Eigenthums einschränkenden Gesetze fordert jedoch deren ausnahmslose Geltung nur für alle in dem betreffenden Territorium vorkommenden, nicht auch für alle daselbst zur Entscheidung kommenden Fälle. Unger S. 178 und Savigny S. 178 f. lassen hier das Recht des Proceßortes entscheiden. — 35) Mit Unrecht wendet Vesque S. 174 f. hier §. 35—37 an. — 36) Anders Savigny S. 201, 203, 208, 247, der das Recht des Erfüllungsortes entscheiden läßt. — 37) Anders, wenn der Oblat sofort dem Antrag gemäß handelt. — 38) Dieser Ort muß aber ausdrücklich bestimmt sein; stillschweigende Bestimmung desselben dadurch, daß gewisse Handlungen an einen bestimmten Ort gebunden sind, genügt nicht. Dagegen Vesque S. 39 f. Vgl. hiezu als Beleg dafür, daß Verabredung eines Erfüllungsortes eine Unterwerfung unter dessen örtliches Recht enthalte, Min. Vdg. 31. März 1855 §. 15. — 39) Auch ist ihre Willkür insofern beschränkt, als sie nicht jedes beliebige, sondern nur entweder das Recht des Errichtungs- oder jenes des Erfüllungsortes zu Grunde legen können. Unger S. 182 Note 82. — 40) Vgl. Unger S. 184, welcher aber immer nur vom Rechte des Wohnsitzes spricht. — 41) Anwendung auf Urkunden in jüdischer Schrift: Hofd. 19. Juli 1816 Nr. 1266 J. G. S., vgl. Hofd. 22. Oct. 1814 Nr. 1106 und 4. März 1846 Nr. 938 J. G. S. — 42) Vertrag auf Lieferung von Sklaven oder Waaren, deren Einfuhr verboten ist u. dgl. — 43) Hofd. 15. Jänner 1787 (Nr. 621) lit. qq.: Im Auslande giltig bedungene Zinsen, die gegen die inländische Zinstaxe verstoßen, können im Inlande gefordert werden; vgl. Min. Vdg. 31. März 1855 §. 15. Vgl.

Digitized by Google

Unger S. 187 f. Anders Savigny S. 276 f. — 44) Daher auch die Zulässigkeit der materiellrechtlichen Exceptionen z. B. non numer. pecun., excussionis u. dgl. Savigny S. 270 f. Unger S. 186. — 45) Die §§. 35—37 sprechen nur von Geschäften, §. 4 freilich (Vesque S. 40) von „Handlungen und Rechtsgeschäften". — 46) Dahin würde auch die Analogie der §§. 35—37 führen, wenn sie zulässig wäre; sie ist aber gewagt, denn diese §§. beruhen auf dem Princip der freiwilligen Unterwerfung. — 47) Die Frage ist sehr bestritten, s. Unger S. 189 Note 113. — 48) Savigny S. 324. — 49) Unger S. 189 beurtheilt diese Fragen wie Savigny S. 325 f. immer nach dem Wohnsitz des Ehemannes, ohne zwischen Einheimischen und Fremden zu unterscheiden. Uebrigens hat der Grundsatz im Text das gegen sich, daß etwas nach dem örtlichen Recht des Mannes beurtheilt wird, bevor man weiß, ob er überhaupt Ehemann ist; ist die Ehe nach dem örtlichen Recht des Ehemanns nichtig, dann ist er nicht Ehemann. In diesem Falle kömmt wohl das örtliche Recht jedes der beiden Gatten zur Anwendung; vgl. Entsch. G. Z. 1871 Nr. 50. [= Sammlung IX. Nr. 4018.] — 50) So insbesondere das Ehehinderniß der Verwandtschaft und der Religionsverschiedenheit. — 51) Savigny S. 337, Unger S. 193, welche jedoch das Recht des jeweiligen Klageortes gelten lassen, der freilich im Allgemeinen mit dem Domicil des Ehemannes zusammenfällt. — 52) Pat. 16. Sept. 1785 Nr. 468 J. G. S. Mit Recht wird von unseren Schriftstellern dieser Sinn im §. 45 b. G. B. (v: „unter was für Umständen") gefunden. Eine Entsch. der II. Instanz (G. Z. 1873 Nr. 58 [S. 231. Sp. 2.]) wendet bei im Ausland von Ausländern geschlossenen Verlöbnissen den §. 37 b. G. B. an! — 53) Nach den gleichen Grundsätzen richten sich auch die sonstigen Wirkungen einer Eheschließung z. B. der Einfluß einer putativen Ehe auf die Rechtsverhältnisse der Kinder. Vgl. Entsch. G. Z. 1868 Nr. 33. [= Sammlung VI. Nr. 3020.] sammt Anm. d. Eins. — 54) Z. B. Alimentationspflicht. Entsch. G. Z. 1865 Nr. 45 (u. ebda. ausführlicher Nr. 88). [= Sammlung V. Nr. 2148.] — 55) Wenn der Angehörige eines Staates, in welchem gesetzlich eheliche Gütergemeinschaft gilt, heirathet, so wird das wo immer befindliche bewegliche Vermögen beider Gatten (einschließlich der nicht intabulirten Forderungen) beiden sofort gemein und sie haften sofort für ihre beiderseitigen Schulden; in Bezug auf das in Oesterreich liegende unbewegliche Vermögen entsteht jedoch nur ein Anspruch auf Einverleibung des Miteigenthums und der Mithaftung. Umgekehrt wird das einem heirathenden Oesterreicher gehörige Vermögen durch die bloße Eheschließung nicht gemeinschaftlich, auch wenn es sich in einem Lande befindet, wo die Gütergemeinschaft eine unmittelbare Wirkung der Ehe ist. — 56) Entsch. G. H. 1866 Nr. 15. [= Sammlung V. Nr. 2701.] — 57) Auch hier sehen Savigny S. 338 und Unger S. 195 nur auf den Wohnsitz. — 58) Unger a. a. O.: Wohnsitz. — 59) Es erlischt daher die dem Vater nach römischem Recht über einen großjährigen Sohn zustehende väterliche Gewalt durch Verlegung des Wohnsitzes des Vaters nach Oesterreich, auch wenn der Sohn seinen Wohnsitz nicht verlegt hat. Abweichend Vesque S. 163 f. — 60) Und zwar tritt das Gesetz des neuen Territoriums ohne Beschränkung in Wirksamkeit, auch rücksichtlich des früher schon erworbenen Vermögens. — 61) Von dem nach

Digitized by Google

französischem Rechte den Eltern zustehenden Fruchtgenußrecht am Kindesvermögen werden auch die in Oesterreich liegenden Grundstücke der Kinder ergriffen, nur muß es intabulirt werden. — 62) Entsch. G. H. 1871 Nr. 99. [= Sammlung IX. Nr. 4290.] — 63) Darf der Vormund nach dem ausländischen Rechte ein Capital des Minderjährigen ohne gerichtliche Genehmigung in Empfang nehmen, so kann auch ein österreichischer Schuldner so liberirt werden. — 64) Darf nach der lex rei sitae der Verkauf des Gutes aus freier Hand nicht erfolgen, so wäre ein solcher nichtig, möchte auch das örtliche Recht der Hauptvormundschaft einen Verkauf aus freier Hand zulassen. A. A. Savigny S. 344 f. — 65) Vgl. Starr Die Behandlung des Nachlasses der Ausländer in Oesterreich (1873). — 66) Savigny S. 295 f. u. viele A. sehen ohne diese Unterscheidung nur auf das örtliche Recht des Wohnsitzes des Erblassers zur Zeit seines Todes. Die Anschauung des österreichischen Rechtes hat sich seit dem 16. Jahrhundert geltend gemacht und gilt auch in einer Reihe anderer Länder. Mit dem Erbrecht analog behandelt ist der Concurs, weil er sich ebenfalls über das Vermögen als Gesammtheit erstreckt. — 67) Vgl. die hieher gehörigen Staaten bei Starr a. a. O. — 68) Entscheidend hiefür der Wortlaut des §. 2 des mit Frankreich geschlossenen Staatsvertrages v. 11. Dec. 1866 Nr. 168. — Dieser Zusammenhang zwischen der Competenz und dem anzuwendenden örtlichen Recht bezieht sich aber nur auf das Abhandlungsverfahren und die während desselben entstandenen Streitigkeiten. Eine später angestellte Erbschaftsklage ist nicht nach den Gesetzen des competenten Richters, sondern nach jenen zu entscheiden, nach welchen die Verlaßabhandlung zu pflegen war. Unger S. 205, Vesque S. 180. — 69) Doch wird er durch Just. Min. E. 15. März 1867 Z. 2917 (G. Z 1867 Nr. 28) im Sinne des Textes gedeutet. — 70) Intabulirte Capitalien und bewegliche Pertinenzen von Grundstücken werden daselbst zum unbeweglichen Vermögen gezählt. — 71) Mit Unrecht unterscheidet Unger S. 199 f. zwischen In- und Ausländern und läßt für erstere immer die österreichischen Erbrechtsgesetze gelten. — 72) Die Unterschiede, die Unger S. 200 f. und Vesque S. 177 f. machen, lassen sich nicht rechtfertigen. — 73) Entsch. G. Z. 1867 Nr. 39. [= Sammlung VI. Nr. 2734]. — 74) Zur Erwerbung des Eigenthums eines in Oesterreich liegenden unbeweglichen Gutes ist immer eine nach den österreichischen Gesetzen eingerichtete Tabularurkunde nothwendig, mag sie wo immer errichtet sein. Unger S. 208 Note 192, Savigny S. 352 f.

Zweites Hauptstück: Von den Rechten (im subjectiven Sinne).

Einleitung.

§. 23.

Vernachlässigung dieser Lehre in der bisherigen Doctrin und Gründe derselben. Nothwendigkeit einer Theorie der subjectiven Rechte.

[Anm. des Herausgebers. Krainz hat dieser Materie besondere Aufmerksamkeit zugewendet. Ein allerdings kleiner Theil findet sich in seinen Papieren sechsmal vor. Eine Redaction umfaßt die ganze Lehre, eine andere

Digitized by Google

wenigstens einen recht bedeutenden Abschnitt. Die letztere ist die jüngste, sie ist offenbar erst während der Prager Wirksamkeit des Verfassers, in seinen letzten Lebensjahren entstanden und fällt zusammen mit jenem Collegienheft, das er für ein von ihm damals gelesenes Special-Colleg über diese Lehre ausgearbeitet hatte. Soweit sie reicht, wird hier selbstverständlich diese Redaction zu Grunde gelegt, und der größte Theil derselben in den Ausführungen mitgetheilt. So vielfach sie mit der ersterwähnten vollständigen Redaction übereinstimmt, so geht sie doch in einer Reihe von Hauptpunkten von ganz abweichenden Grundanschauungen aus. Für den Rest ist (zunächst für §. 46, 47 eine zwischen der vollständigen und der neuesten in der Mitte liegende, sodann) die vollständige Redaction zu Grunde gelegt, überall, wo mehrere vorliegen, alle benutzt und verglichen.]

Erster Abschnitt.

Wesen der Privatrechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung: Die Rechte.

I. Begriffsentwickelung des subjectiven Rechtes.

§. 24.

Objectives Recht, enthaltend Verbote, Gebote, Sanctionen, deren Inhalt durch die allgemeinen menschlichen Bedürfnisse bestimmt wird. Bedürfniß des Schutzes in dem Genuß redlich erworbener Güter, voll erst gewährt im geordneten Staatsverband; factische Macht zur rechtlichen erweitert. Subjectives Recht. Machtverhältnisse vom objectiven Recht geschaffen, ohne daß sie recht eigentlich gewollt wären, ohne definitive Anerkennung durch das Recht: der Besitz im Gegensatz der subjectiven Rechte.

§. 25.

Fortsetzung: Kritik abweichender Begriffsbestimmungen.

Die älteren Philosophen und die Hegel'sche Schule. Trendelenburg, Ahrens, Röder, Stahl, Morgenstern. Der Gegensatz von Recht und Anspruch. — Die Civilisten der Gegenwart: Bekker, Arndts, Windscheid, Unger, Savigny, Puchta. Das Recht keine Willensherrschaft. Das Recht die Möglichkeit zu handeln? Begriff der Befugniß. Das Recht ein rechtlich geschütztes Interesse? (Jhering, Stölzel.)

II. Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht.

§. 26.

Privatzwecke, deren Realisirung dem Einzelnen überlassen bleibt, Gesammtzwecke, deren Verwirklichung nur einem die Interessen der Gesammtheit vertretenden selbständigen[1]) Organismus (Staat[2]), Gemeinde, Kirche u. s. w.)

Digitized by Google

überlassen werden kann. Danach Privatrecht und öffentliches Recht im objectiven Sinne. Die dadurch erzeugten Machtverhältnisse bilden die Privat- und öffentlichen Rechte im subjectiven Sinne.[3]) Rechtsschutz erscheint bei vorgeschrittener Rechtsbildung als eine der vorzüglichsten Aufgaben des Staates, und daher sowohl das Recht des Einzelnen auf Rechtsschutz, als auch das Recht des Staates auf Anwendung der erforderlichen Zwangsmittel als öffentliche Rechte; ebenso die Befugnisse des Staates oder der Gemeinde zur Ergreifung von Vorsichtsmitteln wegen Hintanhaltung drohender Gefahren für Vermögen und Leben, zur Schaffung von Wegen behufs Förderung der materiellen und geistigen Cultur, des Wohlstandes u. s. w. Aber nicht alle öffentlichen Zwecken dienende Rechte sind darum auch schon öffentliche Rechte, indem die öffentliche Gewalt sich oft der Erwerbung von Privatrechten bedient, zu deren Entstehung es der Voraussetzung eines öffentlichen Zweckes nicht bedarf: das Recht des Staates auf Leistung der Beiträge zum Zweck der Heeresausrüstung ist öffentlich, nicht auch sein Recht auf Zuhaltung eines mit einem Privaten zu gleichem Zwecke abgeschlossenen Lieferungsvertrages, da ja der Zweck selbst nicht Gegenstand des Vertrages ist[4]) (vgl. §. 901 b. G. B.). Es kommt also darauf an, ob das subjective Recht zunächst unter der Herrschaft der einen öffentlichen oder der einen Privatzweck verfolgenden Rechtsnormen steht.[5]) Eigenthum des Staates an seinen Domänen ist daher Privatrecht, Anspruch des Staates gegen den Einzelnen, seine Waldungen nicht zu verwüsten, keinen gesundheitswidrigen oder feuergefährlichen Bau zu führen, Sachen nicht gefährlich aufzustellen oder aufzuhängen, das Recht des Staates, Orden u. dgl. zu verleihen, Vereins-, Versammlungsrecht, Wahlrecht der Bürger eines constitutionellen Staates sind öffentliche Rechte.[6]) Nicht entscheidend die Qualität des Subjectes, welches der Träger des Rechtes ist[7]), und ebensowenig die Qualität des für das bestimmte Recht geschaffenen Rechtsschutzes.[8]) Unrichtig auch die Anschauung, welche unter Privatrechten die „Rechte der Einwohner des Staates unter sich" (§. 1 b. G. B.), unter öffentlichen jene im Verhältnisse zwischen dem Staate, gegen dessen Glieder und gegen andere Staaten versteht.[9])

Da das öffentliche Recht eine unbedingte Herrschaft des Staates und ähnlicher Organismen über Einzelne enthält, so stehen auch deren Privatrechte unter der Herrschaft des öffentlichen Rechtes[10]); positiv in der Verpflichtung Einzelner zur Ausübung gewisser Privatrechte[11]), negativ in der Verhinderung der Schaffung[12]) oder in der Aufhebung vorhandener Privatrechte.[13]) Diese Sätze des öffentlichen Rechtes werden dadurch keineswegs zu privatrechtlichen.[14])

1) Im Gegensatz zu abhängigen Organismen (z. B. Behörden), welche nur Organe eines selbständigen Organismus sind. — 2) Nicht nur dieser, wie z. B. wieder lehrt Serafini istitutioni di diritto romano (1870) S. 2. — 3) Ahrens in Holtzendorff's Encykl. S. 45 f. Bruns ebda. S. 255. Geyer Rechtsphilos. S. 200. — 4) Darum ist auch das Recht des Staates gegen seine Beamten auf die bestimmte Dienstleistung, und das Recht der letzteren

Digitized by Google

auf Bezahlung ein Privatrecht, so vielfach diese Rechte auch unter besonderen Normen und nicht unter der Judicatur des Civilrichters stehen. Man denke an die Stellung der Diurnisten. Oeffentlich-rechtlich ist dagegen das Recht des Staates auf Steuerzahlung, auch sein Recht auf jede fällige Steuerrate und unterliegt daher nicht den privatrechtlichen Regeln über die Verjährung [s. aber jetzt Gesetz 18. März 1878 Nr. 31. R. G. B.] Die Rechtsverhältnisse aus einer Staatsanleihe sind privatrechtlich. — 5) Das Recht des Einzelnen auf Rechtsschutz ist darum ein öffentliches, das ausnahmsweise Recht der Selbsthilfe ein Privatrecht. — 6) Vgl. Geyer S. 200 f. — 7) Viele lehren das Gegentheil z. B. Kierulff Theorie S. 6, Ahrens jur. Encykl. S. 119; im Grunde auch Unger I. S. 3; allein das Eigenthum des Staates an seinen Domänen ist ein Privatrecht, das Vereins- und Versammlungsrecht, der Anspruch auf Rechtsschutz sind öffentliche Rechte. — 8) Autorrecht, Industrieprivilegien, deren Verletzung strafrechtlich verfolgt wird, gewisse Schadenersatzansprüche, deren Zuerkennung den Administrativbehörden zukömmt, sind trotzdem Privatrechte. — 9) So z. B. auch Böcking Pand. 2. Aufl. 1853. I. S. 3. Serafini a. a. O. S. 2. Allein das Staatsrecht bildet nur einen Theil des öffentlichen Rechtes, die meisten Vertragsrechte zwischen dem Staat (der doch kein „Einwohner des Staates" ist) und dessen Gliedern sind privatrechtlicher Natur, nicht jedes Recht ist ein Recht gegen einen Anderen (Eigenthumsrecht, staatliches Recht der Ordensverleihung) und nicht alle Rechte der Privaten unter sich sind Privatrechte (Expropriationsrecht der Eisenbahnunternehmungen, Recht des Nachbars auf Stützung einer einsturzdrohenden Sache u. s. w.). — 10) Daher: Jus publicum pactis privatorum mutari nequit; jus publicum praestat privato; salus rei publicae suprema lex esto. — 11) Familienrechte, Waldeigenthum. — 12) Eigenthum an res extra commercium. — 13) Expropriation. — 14) Vgl. Geyer S. 201.

III. Prüfung der Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs.

A. Auf Familienrechte.

§. 27.

Stand der Frage in der Literatur. Auch die Familienrechte enthalten eine vom objectiven Recht geschaffene und von ihm bezielte rechtliche Macht, sind also subjective Rechte. Begriff der Gewalt. Wesentlicher Unterschied derselben gegenüber den Forderungsrechten. Superiorität des Gewalthabers, der der Gehorsam entspricht. Pflicht der Ausübung der Gewalt gegenüber dem Gemeinwesen. Officioser Schutz. Auch die Vormundschaft eine Gewalt, nur daß der Vormund sie als Bestellter des Landesfürsten übt.

B. Auf die übrigen Personenrechte.

§. 28.

Absolute (und relative) Personenrechte. Publicistische Ansprüche gegen die Staatsgewalt, die aus gewissen persönlichen Eigenschaften und Zuständen entstehen (Handlungsunfähigkeit, juristische Persönlichkeit, Abwesen-

Digitized by Google

heit, Staatsbürgerschaft). Privatrechtlich sind dies nur relevante Zustände, nicht Rechte. Persönlichkeit Voraussetzung aller Rechte, nicht selbst ein Recht. Rechte an der eigenen Person? Recht der persönlichen Freiheit, ein wirkliches Privatrecht, eine Macht zur Unternehmung oder Unterlassung aller durch das objective Recht nicht als unzulässig erkannten Handlungen, soweit sie nicht Ausflüsse specieller Rechte sind. Die angeborenen Rechte des b. G. B.? Theorie des Rechtes der persönlichen Freiheit im Privatrecht sehr dürftig: Inhalt (Beschränkungen), Entstehung, Uebertragung? Belastung? Modification? Erlöschung, Schutz.

C. Auf das subjective Erbrecht.

§. 29.

Die verschiedenen Auffassungen. Die Mängel derselben. Das subjective Erbrecht in Wahrheit gar kein Recht, sondern zusammenfallend mit der Erbenqualität, einem bloßen rechtlich relevanten Zustand. Natur der Erbschaftsklage.

D. Auf den Besitz.

§. 30.

Stand der Streitfrage über die rechtliche Natur des Besitzes. Der Besitzesschutz ist lediglich eine Ergänzung der processualischen Regel: actore non probante reus absolvitur. Der Besitz zwar eine rechtliche Macht, aber kein Recht.

IV. Uebersicht und Eintheilung der Privatrechte.

§. 31.

Für die Classification der Privatrechte maßgebende Eintheilung derselben nach ihrem Inhalte oder Gegenstande? 1) Sachen- oder dingliche Rechte: Eigenthumsrecht und Belastungsrechte (jura in re); im heutigen Recht keine Rechte an Menschen in jener Totalität, wie sie an Sachen vorkommen, sondern nur eine partielle Unterwerfung. Forderungsrechte (Obligationen, persönliche Rechte). Ihr Object ist nicht die Person[1]) des Schuldners selbst, sondern nur seine Handlung[2]), denn der Schuldner kann auch eine juristische (fingirte) Person sein, und mit dem Tode des Schuldners erlischt das Recht des Gläubigers regelmäßig nicht.[3]) Sachen- und Forderungsrechte bilden zusammen die Vermögensrechte (im G. B., das unkörperliche neben den körperlichen Sachen kennt, Sachenrechte genannt).

2) Personenrechte, deren Object eine Person selbst ist: Relative Personenrechte oder Familienrechte als Macht nicht nur über Handlungen, sondern über die Person selbst (§. 92, 145 b. G. B.), darum Gewalten genannt, und darum erlöschend mit dem Tode der unterworfenen Person. Kein Vermögensstück. Immer nur partielle Unterwerfung der Person — sie geht nicht über die Grenze des dem betreffenden Familienverhältniß zu Grunde liegenden Zweckes hinaus, und gegen ihren Mißbrauch ist Abhilfe geboten

Digitized by Google

(§§. 90, 109, 178, 217 b. G. B.). Sonstige Privatrechte[4]) an fremden Personen existiren nicht[5]) — wohl aber ein Recht an der eigenen Person, das Recht der persönlichen Freiheit (absolutes Personenrecht), sich beziehend auf die Vornahme der vom Gesetze nicht speciell untersagten Handlungen[6]), aber nicht nur eine Macht über die eigenen Handlungen, sondern auch über die eigene Person, über die Substanz des Körpers, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen.[7])

1) Dies behaupten Windscheid §. 251 Note 2, Baron S. 39, Bekker Dogm. Jahrb. XII, S. 8, 69, Brinz in Grünhut's Zeitschr. I, S. 13, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 18. — 2) Puchta Pand. §. 219. Savigny I. S. 338 f. — 3) Dieser Schwierigkeit will Bekker S. 69 f. damit begegnen, daß er neben der Person auch deren Vermögen als Object der Obligation ansieht. Diesen Gedanken führt Brinz S. 16 f. dahin aus, daß, sowie man zu den körperlichen Sachen deren Pertinenzen hinzurechnet, so auch zu den Personen deren rechtliche Pertinenz (ihr Vermögen) als mitgehörig betrachtet werden müsse, und durch erstere werde letzteres mithaftend. Der richtige Ausdruck für obligatio sei Haftung, und so stehe rerum obligatio mit der personae obligatio in einer augenscheinlichen Parallele (S. 26 f.). — 4) Wohl aber öffentliche: staatliche Souveränetät, Recht des Staates auf Leistung des Kriegsdienstes, kirchliche Subjectionsverhältnisse. — 5) Nicht Sklaverei und Leibeigenschaft (§. 16. b. G. B.), Gutsunterthänigkeit und Hörigkeit. Pat. 31. Decemb. 1851 R. G. B. v. 1852 Nr. 2. — 6) Also kein Recht enthaltend zu Selbstmord, Selbstverstümmelung und anderen contra bonos mores verstoßenden Handlungen. Danach leicht zu beurtheilen der Fall im „Kaufmann von Venedig", oder der Vertrag, wodurch der Schuldner dem Gläubiger gestattet, ihm im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung eine Tracht Prügel zu verabfolgen. Vgl. Büchel krit. V. J. Schr. XI, S. 198 Note 1. — 7) Man kann sein Kopfhaar an einen Perrückenmacher, seinen Körper auf den Todesfall, wo nicht Administrativgesetze entgegenstehen, an ein Naturaliencabinet veräußern u. s. w.

V. Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten.

A. Im Allgemeinen.

§. 32.

Eintheilungsgrund ist das Object: bei Forderungen ist es die Handlung einer bestimmten Person; die Macht des Berechtigten äußert sich nur gegenüber der bestimmten Person, wird nur durch deren Thätigkeit vermittelt. Bei den dinglichen Rechten dagegen ist das Object ein selbständiges Ding der Außenwelt; das Recht über dasselbe äußert sich in der seinem Inhalt entsprechenden Verfügung über das Object, wozu es der Thätigkeit einer andern Person nicht bedarf; selbsthandelnd verschafft sich der Berechtigte den Genuß, den ihm das betreffende Recht zu bieten vermag.[1]) Daher die Definition §. 307 b. G. B.

Die Eintheilung besteht erst seit der Glossatorenzeit. Bei den älteren

Digitized by Google

Civiliſten genannt jus ad rem und jus in rem, anklingend wahrſcheinlich an einige Stellen des canoniſchen Rechtes.[2]) Immer und noch heute ſtreitig, welche Rechte dinglich ſeien. §. 308 b. G. B. nennt Eigenthum, Pfandrecht, Servituten, Beſitz und Erbrecht, welche zwei letzteren (oben S. 42) gar nicht ſubjective Rechte ſind. Trotz dieſer taxativ klingenden Aufzählung werden doch in §. 1070, 1073, 1095 Wiederkaufs-, Vorkaufs- und Beſtandrecht, wofern ſie intabulirt ſind, als dingliche Rechte bezeichnet, während ſie in Wahrheit (ſ. unten §. 40. 41.) immer Forderungen bleiben. Schwieriger iſt die Frage nach der Natur der Reallaſten, Regalien, anderer privatrechtlicher Monopolien und des Pfandrechtes.

1) F. Hofmann in der G. Z. 1870 Nr. 9. 10. — 2) Die Ernennung eines künftigen Pfründners ohne Vacanz der Pfründe oder ohne Inveſtitur gewährt nur ein jus ad rem, kein jus in re. Die Unterſuchungen von Ziebarth die Realexecution und die Obl. (1866) und Brünneck über den Urſprung des ſog. jus ad rem (1869), wo dieſe Unterſcheidung auf germaniſche Anſchauungen zurückgeführt wird und mit dem Ausdruck jus ad rem eine engere Bedeutung verbunden wird, haben kein weſentliches Intereſſe für das öſterr. Civilrechtsſyſtem.

B. Weſen der dinglichen Rechte insbeſondere.

§. 33.

Das Eigenthumsrecht enthält die totale (nur etwa durch anderweitige ſpecielle Verbote des objectiven Rechtes begrenzte) rechtliche Macht über körperliche Stücke der unfreien Natur (Sachen). Sie werden gewiſſermaßen Adnexe des Körpers des Eigenthümers, verlängerte Arme, ihm gehörig, ſein eigen, wie dieſe, und eben darum ſpricht man von Eigenthum. Poſitive und negative Seite des Eigenthumsrechtes. Keine Verpflichtung Anderer zu irgend einem dem Eigenthümer erwünſchten Thun, er kann nur fordern, daß ihn Niemand beirre. — Soviel Stücke der Außenwelt Jemand in ſeinem Eigenthum hat, ſoviel Eigenthumsrechte, wenn nicht ausnahmsweiſe nach den im täglichen Leben hergebrachten und vom Recht ſanctionirten Anſchauungen erſt eine Mehrheit von Sachen ein einziges Eigenthum auszumachen hat. Bei Stücken von Grund und Boden beſtimmt die Grenzlinie, was Ein Grundſtück und damit Eine Sache iſt.

Ohne das Eigenthum aufzugeben, kann der Eigenthümer deſſen Ausübung zu Gunſten eines Anderen einſchränken, entweder die poſitive oder die negative Seite, ſo daß er etwas unterläßt oder etwas duldet. Hiedurch erlangt der Andere eine partielle Macht über dieſelbe Sache, die ſchon der totalen Macht des Eigenthümers unterworfen iſt. Solche Rechte, ebenfalls dinglich, bilden Eigenthumsbeſchränkungen, Belaſtungsrechte. Dahin gehören die vielgeſtaltigen Servituten und deren Erweiterungen in der Form der römiſchen Emphyteuſe und Superficies oder des öſterreichiſchen Erbpacht-, Erbzins- und Bodenrechtes. Ferner kann der Eigenthümer ſein Eigenthumsrecht ſelbſt einem Andern derart unterthänig machen, daß dieſer das Recht erlangt, darüber für einen gewiſſen Fall zu verfügen: Pfandrecht.

Digitized by Google

Dessen Object ist ein bestimmtes Vermögensrecht, nicht, auch nicht beim sog. Sachenpfandrechte, die Sache selbst (Forderung beim pignus nominis, Pfandrecht beim subpignus, Emphyteuse, Superficies, Praedialservitut); es ist nur abgekürzter Ausdruck, wenn man die Sache, nicht das Eigenthumsrecht als Pfandobject bezeichnet.[1]) Immer aber ist das Pfandrecht ein dingliches Recht, denn der Berechtigte hält sich, selbsthandelnd sich die Befriedigung verschaffend, an sein Object.[2])

1) Hieraus erklärt sich, warum der Gläubiger kein Verfügungsrecht über die Sache, wohl aber über das Eigenthumsrecht an derselben erlangt. Es hindert denn auch das Pfandrecht den Eigenthümer der Pfandsache nicht, sie zu derelinquiren. Aber dadurch hört nur er auf, Eigenthümer derselben zu sein. — 2) Man wende nicht ein, daß durch Cession der Forderung nur ein persönliches Recht entstehe, und darum auch durch Verpfändung derselben kein dingliches entstehen könne. Der Cessionar erlangt nur ein Recht gegen den bestimmten Schuldner, durch dessen Handlung allein sein Recht zur Verwirklichung gelangt; der Pfandgläubiger hingegen verschafft sich die Befriedigung selbsthandelnd.

§. 34.

Fortsetzung: Insbesondere 1. inwiefern sind Rechte Objecte dinglicher Rechte?

Hieraus (§. 33 a. E.) erhellt, daß Vermögensrechte wie Sachen Rechtsobjecte sein können, und dingliche Rechte zum Gegenstande ein dingliches oder persönliches Recht haben können. Allein Belastungsrechte haben nicht überhaupt nur Rechte zu Objecten; insbesondere ist als Object der Dienstbarkeiten die Sache selbst zu denken, nicht das Eigenthumsrecht an der Sache, wie schon der Umstand beweist, daß Servituten auch an herrenlosen Sachen entstehen können und daß der Fruchtnießer einer Forderung nur ein persönliches Recht erlangt. — Eigenthumsrecht an Rechten? (§. 427. 1423 b. G. B.) Trotzdem Forderungen in gewissen Beziehungen wie Eigenthum behandelt werden, sind Eigenthumsrechte an Rechten eine logische Unmöglichkeit, sie wären eine Macht über eine eigene Macht. Der Ausdruck „Eigenthümer eines Rechtes“ bezeichnet nur, daß man Subject eben dieses Rechtes ist. Irrthümer, zu denen diese Ausdrucksweise führt.

§. 35.

2. Sind Reallasten dingliche Rechte?

Begriff der Reallast. Dieselben in Oesterreich meist aufgehoben, aber doch noch nicht ganz verschwunden. Auffassung derselben in der älteren Doctrin als servitutes in faciendo und als durch Grundverpfändung versicherte Forderungen. Unmöglichkeit dieser Constructionen. Zerfahrenheit der neueren Doctrin. Die Reallasten ihrem ganzen Wesen nach Forderungsrechte, die an einen gewissen fortdauernden Zustand gebunden sind, so daß als Schuldner nur der jeweilige Besitzer des belasteten Grundstückes erscheint.

Digitized by Google

§. 36.

3. Sind die Bannrechte dingliche Rechte?

Begriff des Bannrechtes. Auch diese mit Ausnahme des Propinationsrechtes in Oesterreich aufgehoben. Die Constructionen der bisherigen Doctrin. Die Bannrechte Forderungen auf eine Unterlassung; die Unterlassungsverbindlichkeit dabei derart an den Bannbezirk gebunden, daß Jeder, der in demselben anwesend ist, Subject der Schuld ist. Ein anderer Subjectwechsel, als durch Ein- und Austritt aus dem Bannbezirk nicht möglich.

§. 37.

4. Sind Regalien, Jagd- und Fischereirechte dingliche Rechte?

Begriff der Regalien. Die in Oesterreich vorkommenden. Construction gleich der der Bannrechte, nur fällt der Grundcomplex hier mit dem Territorium des Staates zusammen.

Aehnlich die Construction von Jagd- und Fischereirecht, die keineswegs Servituten (§. 477 b. G. B.) sind.

§. 38.

5. Ist das sog. Nutzungseigenthum auch Eigenthum?

Genesis des Begriffes des getheilten Eigenthums. Fälle, welche das b. G. B. dahin stellt. Rechte, die es dem Ober- und dem Nutzungseigenthümer zuweist. Widerlegung dieser Lehre; insbesondere spricht nicht für sie die Möglichkeit des Miteigenthums. Widersprüche, in welche sich das G. B. verwickelt. In Wahrheit ist regelmäßig das sogenannte Obereigenthum wahres Eigenthum, das Nutzungseigenthum jus in re aliena. Anders nur bei Fideicommissen.

C. Das Wesen der einzelnen dinglichen Rechte.

§. 39.

Eigenthum ist die totale rechtliche Macht über eine körperliche Sache; sie besteht auch während der Belastung durch ein jus in re, nur ist insolange ihre Ausübung durch das fremde Recht gehemmt; mit dem Wegfall des letzteren entfaltet sich das Eigenthum sofort in seiner ganzen Fülle, hatte also offenbar auch inzwischen von seinem Inhalt nichts verloren. Sein Object ist immer ein körperliches Ding, — auch Wasser und Luft, nicht aber der Fluß oder die Luftsäule, die als Inbegriffe immer wechselnder Bestandtheile nicht Eigenthumsobjecte sein können. Bei Grundstücken als Objecten reicht es in jene Tiefe, bis zu welcher sich die Möglichkeit der Einwirkung erstreckt.

Servitut (Dienstbarkeit) ist die Bezeichnung für eine ganze Classe von dinglichen Rechten mit dem verschiedensten Inhalt; gemeinsam allen ist, daß eine fremde Sache rücksichtlich ihrer Benutzung einem Grundstücke oder einem bestimmten Individuum dienstbar gemacht ist. Die Legaldefinition

Digitized by Google

(§. 472) paßt auf jedes dingliche Recht an fremder Sache. Praedial- und Personalservituten. Affirmative und negative.

Erbpacht-, Erbzins-, Bodenrecht und Nutzungsrecht des Vasallen sind nur Steigerungen des Fruchtgenußrechtes. (Erblichkeit, beschränkte Veräußerlichkeit.)

Pfandrecht ist die an einem fremden Recht haftende Berechtigung, sich aus demselben im Falle unterbliebener Erfüllung einer Forderung zu befriedigen. Accessorische Natur. Wegen Gefahr einer Bedrückung des Schuldners Ausübung regelmäßig nur unter gerichtlicher Intervention (§. 461, 1371 b. G. B.); meist im Wege des Verkaufs, ausnahmsweise durch gerichtlichen Zuschlag, durch Ausübung des schuldnerischen Rechtes oder durch Abrechnung.

D. Persönliche Rechte. Beschränkterer Schutz derselben, auch wenn sie intabulirt sind.

§. 40.

Keine geschlossene Reihe der Forderungsrechte. Ihre Objecte zahllos. Wichtigkeit des Entstehungsgrundes. Weniger weit gehender Rechtsschutz der Forderungen, als der dinglichen Rechte: kein Schutz gegen Dritte. Intabulation gewisser Forderungsrechte gewährt auch nicht Schutz gegen jeden Dritten, sondern bewirkt nur eine Aenderung der Succession in die Schuld, und es bleibt also auch ein solches Forderungsrecht ein persönliches Recht. — Rechtfertigung des beschränkteren Rechtsschutzes der Forderungen.

E. Absolute und relative Rechte.

§. 41.

Begriff. Auch Forderungen, die durch Intabulation Wirksamkeit gegen jeden Besitzer des Gutes erlangt haben, bleiben relative Rechte, denn sie richten sich immer nur gegen den Besitzer des Gutes, nicht mehr gegen den ursprünglichen Schuldner, sobald dieser das Gut veräußert hat. Relativ und absolut unzulässige Handlungen. Schuldverletzungen und Delicte.

F. Ausnahmsweise Wirkung persönlicher Rechte gegen Dritte.

§. 42.

1) Aufdingung der Dienstboten und Gewerbsgehilfen (Dienstboten-OO. und Gew. O. v. 20. December 1859.) 2) §. 953 b. G. B. Art. 259 H. G. B. 3) Jedes Forderungsrecht gewährt dem Gläubiger gegen den, der sich des Rechtes anmaßt, eine Klage auf Ablassung von dieser Anmaßung und Herausgabe des etwa schon Bezogenen; vgl. insbesondere Gb. G. §. 61. 62; H. G. B. Art. 368; b. G. B. §. 824. 4) Der Besitzer eines obligatorischen Rechtes hat gegen Jedermann Anspruch auf Unterlassung eigenmächtiger Störungen. §§. 339, 346 b. G. B. — Weiter gehende Meinungen: Schuster, Pratobevera, Nippel.

Digitized by Google

G. Einheit oder Mehrheit der Forderungen bei einer Mehrheit der zu leistenden Acte?

§. 43.

1. Im Allgemeinen.

Wichtigkeit dieser bestrittenen Frage für die Lehre vom Rechtsbesitz und der Verjährung. Der gemeinsame Rechtsgrund mehrerer Empfangnahmen läßt diese als Ausübungsacte eines und desselben Rechtes erscheinen; er aber wird ins Dasein gerufen durch den concreten Entstehungsgrund des betreffenden obligatorischen Verhältnisses. Beispiele.

§. 44.

2. Verhältniß der ganzen Obligation zum Anspruch auf die einzelnen Acte.

Die einzelne Leistung ist nur Ausübung der Gesammtobligation; denn mit Uebertragung, Verpfändung, Umwandlung, Erlöschung der letzteren werden auch die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen übertragen, verpfändet u. s. w. Anwendung auf die Verjährung. Scheinbare Selbständigkeit des Anspruchs auf die einzelne Leistung, — in Wahrheit nur selbständige Behandlung des Ausübungsrechtes der ganzen Forderung. Vererblichkeit der einzelnen fälligen Ansprüche aus einem unvererblichen Bezugsrechte?

§. 45.

3. Insbesondere: Privatmonopole, Bannrechte.

Bannrechte sind Forderungen auf ein Unterlassen, denen eine unbestimmte Menge von Verpflichteten gegenübersteht. Die Unterlassung jedes Einzelnen ist selbständige Aeußerung des ganzen Forderungsverhältnisses, nicht Gegenstand einer selbständigen Forderung. Das Betreten des Bannbezirkes erzeugt nicht erst die Forderung, sondern nur die Verbindlichkeit zur concreten Unterlassung; ebenso erlischt nur diese durch das Verlassen des Bannbezirkes. Auch bei Reallasten können neben einander mehrere Schuldner derselben Reallast bestehen (Mitbesitz des belasteten Grundstückes). Dies nun hier Regel, mit dem Unterschied, daß man nicht Besitzer des belasteten Grundstückes zu sein braucht, sondern sich nur im Bannbezirk aufhalten muß, und daß es sich nur um ein Unterlassen handelt.[1])

1) [Anm. d. Herausgebers: Hier endet die bei §. 23 erwähnte jüngste Redaction; sie enthält keinen Anhaltspunkt für die Weiterführung der Arbeit, die ohne Zweifel eine andere Gestalt gewonnen haben würde, als sie in jenen älteren Redactionen trägt, die wir nun zu Grunde legen müssen. Insbesondere ist der Inhalt des §. 46, für welchen hier eine mittlere Redaction benutzt wird, in welcher er überschrieben ist: „Charakteristik der einzelnen Gattungen der Privatrechte," größtentheils in der neuesten Redaction bereits in andere §§., (namentlich §. 31 f.) übergegangen. Soweit wird er auch hier nicht

Digitized by Google

abermals mitgetheilt. Er kann jedoch auch hier nicht ganz übergangen werden, da er insbesondere die Stellung bezeichnet, welche Krainz zu der Frage der subjectlosen Rechte einnahm. Daß der §. an dieser Stelle nicht am rechten Platze steht, daß der Verfasser ihm eine andere Stelle angewiesen haben würde, wenn es ihm vergönnt gewesen wäre, die letzte Redaction zu Ende zu führen, braucht kaum bemerkt zu werden. In der vollständigen Redaction ist zur Lehre von den subjectlosen Rechten Stellung genommen in dem einzigen Paragraph, der sich mit dem Wesen der subjectiven Rechte beschäftigt, u. zw. indem am Schlusse dieses §. die Merkmale eines jeden Privatrechtes resumirend zusammengestellt werden. Wohl möglich, daß der Verf. ein ähnliches Resumé auch in der neuesten Redaction zu geben beabsichtigte; in diesem Falle würden wir nur eine kleine Lücke in seiner Arbeit zu beklagen haben. Das ist aber selbstverständlich, daß der Anschluß der älteren an die neueste Redaction, wie er hier vollzogen werden muß, kein ganz harmonischer seen kann. Wir geben im Grundriß den Inhalt des §. 46 in möglichster Kürze, in den Ausführungen unverkürzt jenen Abschnitt desselben, welcher die Frage nach dem Subject des Rechtes behandelt.]

H. Unterschiede der Privatrechte rücksichtlich jener Momente, welche die charakteristischen Merkmale eines jeden Rechtes bilden.

§. 46.

I. Inhalt eines Rechtes ist die Gesammtheit der Befugnisse, welche Jemandem vermöge seines Rechtes zustehen. Aus ihm gewinnt man den Stoff für die wissenschaftliche Definition jedes Rechtes. Inhalt des Eigenthumsrechtes, der Servituten, des Erbpacht-, Erbzins-, Boden- und vasallitischen Rechtes, des Pfandrechtes, der Forderungen, der Familienrechte.

II. Gegenstand des Rechtes. Gegenstand des Eigenthums, der Servituten, des Erbpacht-, Erbzins- und Bodenrechtes nur körperliche Sachen; Gegenstand des Pfandrechtes immer ein Recht. Gegenstand der Forderungen die Handlung des Schuldners, bei Personenrechten die Person selbst.

III. Streitig, ob ein Subject zum Wesen eines subjectiven Rechtes gehöre. Fälle, in denen bestehende Rechte eines Subjectes entschieden entbehren. Das Subject daher nicht zum Bestande, sondern nur zum Entstehen des Rechtes wesentlich. — Mehrere Personen als Subjecte Eines Rechtes, wobei nicht das Recht, sondern nur sein Vermögenswerth getheilt ist.

Zweite Abtheilung: Wesen der Verbindlichkeit.

§. 47.

Rechtliche Verbindlichkeit ist die durch die Gebote und Verbote des objectiven Rechtes erzeugte Verpflichtung der Anderen zu dem dem betreffenden (subj.) Rechte entsprechenden Verhalten. Entweder allgemeine Verbindlichkeit Jedermanns, das betreffende Recht nicht zu verletzen, oder

Digitized by Google

specielle einer bestimmten Person zu einer besonderen, nicht schon von selbst sich verstehenden Handlung. Absolute und relative Rechte (Ausführungen §. 41) und Verbindlichkeiten. [Absolute Verbindlichkeiten: die Person eines Anderen (körperliche Integrität, Gesundheit, Ehre, Freiheit) nicht zu verletzen, seine rechtliche Herrschaft über Sachen nicht zu stören, ihn auch in der factischen Ausübung eines Rechtes nicht zu beeinträchtigen, dem Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen an seinen Erben nicht hindernd entgegen zu treten, die bestehenden Familienverbindungen nicht anzutasten (alles dies nur negativ); dazu gewisse Verbindlichkeiten zu positiven Handlungen, um Beschädigungen von Dritten abzuwehren, z. B. §. 1309, 1320 b. G. B.][1]) Ueber den Unterschied der absoluten und relativen Rechte vgl. Ausführungen §§. 40—42.

Die den relativen Rechten gegenüberstehenden Verbindlichkeiten haben einen negativen Vermögenswerth, d. h. sie lassen sich in Geld schätzen, bilden ein Passivum des Vermögens des Verpflichteten (Schulden) und theilen, wo es sich um das Vermögen als Ganzes handelt, dessen Schicksale. In der Regel sind sie daher auch vererblich, während sonstige Verbindlichkeiten auf den Erben nicht übergehen, da sie ihm schon ohne Rücksicht auf die Erbenqualität obliegen; als regelmäßige, Jedermann obliegende Verbindlichkeiten kommen sie bei der Berechnung des Vermögens des Einzelnen nicht in Betracht.

Allgemeine Grundsätze von Verbindlichkeiten: 1) Als passive Seite eines Rechtes setzt die Verbindlichkeit regelmäßig (doch nicht immer) ein fremdes Recht voraus; mit dessen Untergang erlischt auch sie selbst (§. 1411 b. G. B.). 2) Ebenso setzt sie regelmäßig (auch wenn sie an den Besitz einer bestimmten Sache gebunden ist) ein Subject voraus; aber wie bei dem Rechte, kann auch bei der Verbindlichkeit vorübergehende Subjectlosigkeit vorkommen. 3) Ihr Inhalt besteht in einer positiven oder negativen Handlung des Verpflichteten und muß möglich und zulässig sein (§. 878 b. G. B.) 4) Dinglichen Rechten entspricht nie die Verbindlichkeit zum positiven Thun des Verpflichteten (nur entsteht aus ihrer Verletzung eine neue Verbindlichkeit zur Beseitigung der Verletzung). Forderungen können Verbindlichkeiten positiven wie negativen Inhaltes entsprechen; aber dieser negative Inhalt ist wesentlich verschieden von dem negativen Inhalt der den dinglichen Rechten entsprechenden Verbindlichkeit, indem er in der Unterlassung von an sich vollkommen zulässigen Handlungen besteht.[2]) 5) Der Verpflichtete kann nicht verzichten auf seine Verbindlichkeit; nur wenn sie durch den Genuß eines ihm zustehenden Vermögensrechtes bedingt ist (vergl. §. 483, 508 b. G. B.), oder von einem gewissen Zustand abhängt, in dem er sich befindet (Reallast abhängig vom Besitze eines bestimmten Grundstücks), kann er sich durch Aufgeben des Rechtes oder Ausscheiden aus dem Zustand auch einseitig von der Verbindlichkeit befreien. 6) Der Verpflichtete muß stets genau das leisten, was er zu leisten verbunden ist (§. 1413 b. G. B.). Ausnahmen bei alternativer Ermächtigung z. B. §§. 466, 934 b. G. B.

Subjective Rechte sind, eben weil ihnen eine Verbindlichkeit entspricht, nicht nur eine Macht über einen Gegenstand, sondern enthalten auch die

Digitized by Google

Befugniß, von einem Anderen etwas zu verlangen: Anspruch (Ausführungen §. 25). Der Anspruch bildet die äußere Seite des Rechtes und hat regelmäßig einen anderen Inhalt als dieses.[3]) Das Recht als Macht ist gegen das bestimmte Object, der Anspruch gegen Personen gerichtet. Relative Rechte freilich gehen meistens in den entsprechenden Ansprüchen auf — jedoch nicht immer. Bei bedingten oder betagten Forderungen besteht vor Erfüllung der Bedingung oder Eintritt des Termins eine rechtliche Macht über die fremde Handlung, eine wahre Forderung noch nicht, wohl aber bereits ein Anspruch gegen den künftigen Schuldner, daß er nichts unternehme, was dem seinerzeitigen Inslebentreten der Forderung abträglich sein könnte. So erlangen auch künftige Rechte eine Bedeutung für die Gegenwart. — Nicht eigentlich das Recht, sondern der Anspruch bildet den Gegensatz zur Verbindlichkeit; umsomehr als es Verbindlichkeiten gibt, denen kein Recht, wohl aber ein Anspruch gegenübersteht. So entspricht z. B. der Verbindlichkeit, Niemanden zu betrügen oder am Körper oder an der Ehre zu verletzen, kein bestimmtes Recht, wohl aber ein Jedermann auf derlei Unterlassungen zustehender Anspruch. Entwickelung des Anspruchs, sobald er nicht befriedigt ist, selbst wenn er einem absoluten Rechte entspricht, zu relativem, einer Forderung ähnlichem Charakter (Klagsanspruch, Klagerecht, actio); nicht das Recht erwächst zum Klagerecht, sondern der neben demselben bestehende Anspruch, der dadurch auf das Recht selbst einen modificirenden Einfluß übt. Hierauf beruht die Lehre vom Actionenrecht.

1) [Die in die Klammer gesetzten Sätze fehlen in der neueren Redaction; sie sind der vollständigen, älteren Bearbeitung entnommen. Anm. d. Herausg.] 2) Die obligatorische Verbindlichkeit, keine Bäume zu pflanzen und die gleiche, etwa einer servitus ne prospectui officiatur entsprechende, sind wesentlich verschiedene Verbindlichkeiten. Das Wesen der Servitut bildet nicht die Verbindlichkeit zu dem bestimmten negativen Verhalten, sondern die bestimmte Herrschaft über eine fremde Sache, und der Eigenthümer der letzteren hat keine andere Verbindlichkeit als jeder Nichteigenthümer, nämlich die Servitut nicht zu verletzen. Diese Herrschaft ist das Primäre, die negative Verbindlichkeit die Folge, nicht umgekehrt. Man kann nicht sagen, der Servitutspflichtige habe (wie der Schuldner) nur eine Verbindlichkeit zur Unterlassung einer an sich vollkommen zulässigen Handlung. — 3) Den Inhalt des Eigenthumsrechtes z. B. bildet die totale rechtliche Macht über eine körperliche Sache, den Inhalt des das Eigenthumsrecht begleitenden Anspruches die Anforderung an Dritte, das Recht nicht zu verletzen.

Dritte Abtheilung: Das Vermögen.

§. 48.

Begriff im engeren und weiteren Sinne. Anwendungen desselben. Die Einheit des Vermögens gegründet in der Person des Inhabers. Eine Person mit mehreren Vermögen: Massen.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Eintheilung der Rechte.

I. Gebundene und ungebundene Rechte.[1])

§. 49.

Verknüpfung der Rechte und Verbindlichkeiten mit dem Subject meist durch ein Thun oder Leiden der betreffenden Person; zuweilen aber durch Bindung an einen fortdauernden Zustand. Rechtliche Bedeutung dieses Unterschiedes. Zustände, an welche sich gebundene Rechte anknüpfen. Zustände, welche den gebundenen Schulden zur Basis dienen. Beides sind theils Rechte, theils factische Zustände — im ersten Falle ein Hauptrecht und ein Nebenrecht. — Träger entweder eine bestimmte Sache, oder es fehlt ein solcher Träger. — Uebergang der einen Classe von Rechten in die andere.[2]) — Höchst persönliche Rechte und Verbindlichkeiten.

1) Andere Eintheilungen: Gegenwärtige und künftige, bedingte und unbedingte Rechte s. unten bei der Lehre vom Erwerb und Verlust der Rechte §. 59; regelmäßige Rechte und Privilegien unten bei der Lehre von den juristischen Thatsachen; persönliche und dingliche Rechte oben §§. 32 f. — 2) Uebergang eines Rechtes aus einer Classe in die andere unbeschadet seiner Identität möglich: Weiderecht an einem intabulirten Grundstück ohne Intabulation bestellt, ist Forderung; wird es später intabulirt, so wird es eine Servitut; diese kann kraft Uebereinkommens wieder gelöscht, dabei aber das Weiderecht als Forderung aufrecht erhalten werden.

II. Selbständige und unselbständige Rechte.[1])

§. 50.

Begriff des selbständigen (Haupt-) Rechtes gegenüber dem unselbständigen (accessorischen, Neben-) Recht. Wesentlich unselbständige Rechte. Accessorische Rechte können sowohl dinglich, wie persönlich sein. Uebergang derselben mit dem Hauptrecht.[2]) Uebertragung der Ausübung des Nebenrechtes auf eine andere Person. Erlöschen des Nebenrechtes mit dem Hauptrecht, jedoch nur für die Zukunft. Erlöschung durch Verjährung wirkt auch auf die Vergangenheit.[3]) Schluß von der Existenz des Nebenrechtes auf die des Hauptrechtes zulässig; Anerkennung der Zinsenschuld ist auch Anerkennung der Hauptschuld. Sicherstellung der Hauptschuld umfaßt nicht nothwendig auch das accessorische Verhältniß und nicht nothwendig im ganzen Umfang (§. 1353). Hauptrecht kann unklagbar sein, während das Nebenrecht klagbar ist (vgl. §. 1352).

1) Unger I. §. 66 und vgl. oben §. 43, 44. — 2) Mit Unrecht lehren Rippel Erl. ad §. 454 Nr. 5 und Winiwarter II. S. 252, daß einer Person die Forderung, einer anderen das Pfand verpfändet werden kann. Unger S. 600. Ist jedoch das Nebenrecht nicht ein wesentlich unselbständiges

Digitized by Google

(z. B. eine Reallast), dann kann die Trennung desselben von dem Hauptrecht unter Beobachtung der diesfalls bestehenden gesetzlichen Bestimmungen vor sich gehen. — 3) Unger S. 602 f., beſ. Note 35, II. 437 Note 7. Dagegen Randa G. Z. 1869 Nr. 70.

III. Theilbare und untheilbare Rechte.

§. 51.

Controverse über den Begriff der Theilbarkeit. Theil ist ein integrirender Bestandtheil eines Ganzen, der dies zu sein noch nicht aufgehört hat; oft auch der gewesene Bestandtheil so genannt. Partes pro diviso und pro indiviso. Bei Rechten nur ideelle Theile möglich. Ein theilbares Recht ein solches, welches nach Quoten erworben, verloren und verfolgt werden kann. Entstehung der Quoten durch Concurrenz mehrerer Subjecte in Gemeinschaftsverhältnissen. Nicht nothwendig aber die Quote ein selbständiges Recht. Aufzählung der theilbaren und der untheilbaren Rechte. — Theilung der Ausübung nach.

Dritter Abschnitt.

Ausübung der Rechte.

I. Wesen der Ausübung.

§. 52.

Ausübung eines Rechtes ist die Vornahme der den Inhalt desselben bildenden Handlung, verbunden mit dem Willen, gerade dieses bestimmte Recht zu effectuiren.[1]) Also erforderlich: 1) Vornahme der Handlung: Eigenthumsausübung durch willkürliche Einwirkung auf die Sache; Uebung einer affirmativen Servitut durch Vornahme der Benützungshandlung; einer negativen durch Verhinderung der bestimmten Einwirkung des Eigenthümers durch Verbot oder Vertrag; des Pfandrechtes durch Verwendung des Objectes zur Befriedigung; einer Forderung durch Entgegennahme der bestimmten Sache, Leistenlassen der Handlung, Benutzung der fremden Sache über Gestattung des Gegentheils, Verhinderung der fremden Handlung durch Verbot oder Vertrag. Aufkündigen einer Forderung? Aufforderung zur Leistung? Einklagung? Verbot einer fremden Handlung oder Benützung einer fremden Sache ohne (ausdrückliche oder stillschweigende — „sich beruhigen“)[2]) Zustimmung des Gegentheils? Veräußerung oder Belastung ist nicht Rechtsausübung, sondern Aufgeben der Bethätigung des in dem Rechte gelegenen Stoffes.[3]) 2) Wille, dieses bestimmte Recht auszuüben. Also nicht Ausübung einer Wegegerechtigkeit, wenn man über das fremde Grundstück nur geht, weil der gewöhnliche Weg überschwemmt ist, oder man denselben verfehlt hat, oder im Vertrauen auf die Connivenz des Gegentheils. Oft entscheidet nur der Wille, ob dieses Recht oder jenes ausgeübt worden ist (Bewohnen

Digitized by Google

eines Hauses: Ausübung des Eigenthums, Fruchtgenusses, Miethrechtes). Willensfähigkeit erforderlich; Wille selbst im Falle der Vertretung beim Vertretenen erforderlich, anders bei handlungsunfähigen Personen. Die bestimmte Willensrichtung schon zur Zeit der Ausübungshandlung erkennbar. — Zur Ausübung eines Rechtes ist nicht die Vornahme sämmtlicher Handlungen nothwendig, die seinen Inhalt bilden. Ausübung eines accessorischen Rechtes mit dem erforderlichen Willen enthält auch Ausübung des Hauptrechtes. — Ausübung eines Rechtes ist etwas rein Factisches[4]); auch der kann es ausüben, der es nicht hat (Dieb); es kann auch ein Recht geübt werden, welches Niemandem zusteht (Eigenthum an einem Menschen durch dessen Behandlung als Sclave), und es können Rechte bestehen, welche nicht ausgeübt werden oder nicht ausgeübt werden dürfen (Patronatsrecht, einer Person zustehend, die durch ihre Confession an seiner Ausübung verhindert ist.

1) Arndts §. 92. Unger S. 612 f. — 2) Protestation oder gerichtliche Klage gegen den eigenmächtigen Eingriff benehmen der Anmaßung den Charakter einer Rechtsausübung; Zustimmung aus widerruflicher Gefälligkeit. — 3) Unger S. 613 Note 1. Dagegen Bürkel in d. krit. V. J. Schr. XI. S. 217 Note 1. — 4) Die Ausübung ist vom Rechte trennbar, rechtlich und factisch; ersteres z. B. wenn der Fruchtnießer die Ausübung seines Rechtes einem Anderen überläßt, letzteres bei unberechtigter Besitzanmaßung.

II. Ausübung durch Stellvertreter.

§. 53.

Regelmäßige Zulässigkeit derselben. Nähere Bestimmung des Begriffes. Stellvertretung als Pflicht und als Recht. Im letzteren Falle Ausübung eines fremden und eines eigenen Rechtes. Wichtigkeit dieses Satzes.

III. Juristische Bedeutung der Ausübungslehre.

A. Hinsichtlich des Besitzes.

§. 54.

Rechte, welche durch die Ausübung sofort zerstört werden, und solche, die eine fortgesetzte Ausübung zulassen. Welche gehören in die eine und die andere Classe? Dauernde Ausübung eines Rechtes ist Besitz, nicht jeder Besitz Ausübung eines Rechtes. Was ist hienach Gegenstand des Rechtsbesitzes? Weitere Consequenzen für die Besitzlehre.

B. Hinsichtlich der Eigenthumsbeschränkungen.

§. 55.

Erklärung des Satzes, daß die jura in re Beschränkungen des Eigenthumsrechtes ohne Beeinträchtigung seines Inhaltes sind, aus der Lehre von der Ausübung der Rechte.

Digitized by Google

C. Hinsichtlich der Ausübungsberechtigung im Allgemeinen.

§. 56.

1) Der Berechtigte kann sein Recht nach Belieben ausüben oder die Ausübung unterlassen, ohne sich dadurch einen juristischen Nachtheil zuzuziehen. Doch bei einigen Rechten Verjährung. Jura merae facultatis und non merae facultatis der älteren Doctrin. Nachklang in §. 1459 b. G. B.[1]) 2) Er kann sein Recht ausüben, auch wenn er dadurch einem Anderen einen Nachtheil zuzieht. §. 1305 b. G. B.[2]) Liegt darin aber zugleich eine Verletzung[3]) fremden Rechtes (Grundeigenthümer baut trotz bestehender serv. alt. non toll.) oder die Uebertretung eines die Ausübung beschränkenden Gesetzes (Bau-, Waldordnung), dann tritt Verantwortlichkeit ein, §. 1295 b. G. B. 3) Motive der Ausübung gleichgiltig, selbst wenn sie gar keinen Vortheil gewährt oder nur aus Chicane erfolgt. (Vgl. §. 364 b. G. B.)[4])

1) Unger S. 614. Arndts §. 92. — 2) Unger S. 615. Arndts a. a. O. — 3) Nicht blos Vereitelung der Ausübung eines fremden Rechtes (Collision in der Ausübung). Windscheid §. 121 Note 4. — 4) Unger S. 616. Die Ausnahmen des RR. (aus denen Windscheid a. a. O. Note 3 eine Regel gewinnt) bei Arndts §. 92.

D. Hinsichtlich der Collision der Rechte.

§. 57.

Begriff. Fälle, in welchen eine solche besteht, und in welchen sie nicht besteht. Fälle der Collision, in welchen eines der collidirenden Rechte das „stärkere" ist. Im Uebrigen: Prävention, verhältnißmäßige Beschränkung der Rechtsausübung, Loos.

Vierter Abschnitt.

Lebensphasen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 58.

Allgemeines.

Die Lebensphasen, welche die Rechte als juristische Schöpfungen, wie einzelne Individuen, durchmachen können oder müssen, sind: Entstehung und Uebertragung (beide zusammen in Beziehung auf den, zu dessen Gunsten sie erfolgen: Erwerb), Belastung, Aenderung, Erlöschung.

I. Die Erwerbung.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 59.

Entstehung der Rechte und Verbindlichkeiten durch juristische (rechtserzeugende) Thatsachen; Handlungen, zufällige Umstände. (Entstehung un-

Digitized by Google

mittelbar „durch Gesetz“?) Translative und constitutive, originäre und derivative Entstehung. Succession. Rechtsnachfolger und Zeitfolger. Sondernachfolge und Gesammtnachfolge. Beim derivativen Erwerb entweder Uebertragung desselben Rechtes oder Einräumung eines Rechtes, das sich auf ein verschiedenes Recht des Einräumenden stützt. Nemo plus juris ad alterum transferre potest, quam ipse haberet. Uebergang des derivativ übertragenen Rechtes mit den Nebenrechten und Beschränkungen. Insbesondere Begriff der Lasten. — Gegenwärtige und künftige Rechte. Ungewisse, bedingte, zweifelhafte, gehoffte, angefallene Rechte.

B. Im Besonderen.

§. 60.

1. Bei ungebundenen Rechten.

Entstehungs- und Uebertragungsthatsachen der dinglichen und der Forderungsrechte. Wirksamkeit derselben bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen. Aeltere Doctrin über titulus und modus in das b. G. B. übergegangen. Bedeutungslosigkeit derselben auch für das österr. Recht.

§. 61.

2. Bei gebundenen Rechten.

Entstehungs- und Verknüpfungsthatsachen. Uebergang ungebundener Rechte und Verbindlichkeiten in gebundene. Die Entstehungsgründe gebundener Rechte und Schulden meist eigenthümlich, nur ausnahmsweise mit denen ungebundener Rechte und Schulden zusammenfallend. Erforderniß des Rechtstitels bei den auf bestimmte Namen intabulirten Rechten. Die einzelnen Titel. Die einzelnen Verknüpfungsthatsachen. Uebertragung gebundener Rechte und Schulden. Voraussetzung gewisser persönlicher Eigenschaften für die Ausübung mancher gebundener Rechte.

II. Die Belastung.

§. 62.

Begriff. Möglich bei dinglichen und obligatorischen Rechten, nicht bei Familienrechten und bei Verbindlichkeiten. Erforderniß auch Tradition oder Quasitradition. Belastung gebundener Rechte, deren Basis ein Recht und solcher, deren Grundlage eine Thatsache ist.

III. Die Aenderung.

§. 63.

Quantitative und qualitative Aenderung. Beispiele. Obwohl einen Erwerb oder Verlust enthaltend, geht die Aenderung vor sich, ohne daß es der sonst erforderlichen Entstehung oder Erlöschung wirkenden Thatsachen bedürfte, bei gebundenen wie bei ungebundenen Rechten.

Digitized by Google

IV. Die Erlöschung.

A. Im Allgemeinen.

§. 64.

Rechtsvernichtende Thatsachen.[1]) Sie bewirken die Aufhebung des Rechtsverhältnisses entweder unmittelbar durch ihr Eintreten (ipso jure), z. B. Zahlung, Untergang der Sache, Novation — oder mittelbar durch den erst besonders zu erwirkenden (durch Klage oder Einrede) richterlichen Ausspruch (ope exceptionis), z. B. laesio enormis (§. 934), verborgene Mängel bei einem entgeltlichen Geschäfte.[2]) Erstere sind rein rechtsvernichtende Thatsachen, wer sie geltend macht, negiert die gegenwärtige Existenz des Rechtes (Einwendungen im weiteren Sinne); letztere erzeugen vorerst nur eine Forderung auf Aufhebung des Rechtes, sind also zugleich rechtsvernichtende und rechtserzeugende Thatsachen (Stoff der Exceptionen im technischen Sinne); Thatsachen der ersteren Art wirken vom Moment ihres Eintrittes (ex tunc), die der letzteren vom Moment ihrer processualen Geltendmachung (ex nunc); die aus ihnen entspringende Forderung auf Aufhebung des Rechtes kann noch durch Verzicht, Verjährung oder auf andere Art erlöschen, während Thatsachen der ersten Art, wenn sie einmal eingetreten sind, nicht weiter Gegenstand des Verzichtes sind; das Recht bleibt erloschen, es kann höchstens ein Recht gleicher Art neu in's Leben gerufen werden.[3]) Doch gibt es auch unter ihnen solche Thatsachen, welche das Recht sofort nur vernichten, wenn der Verpflichtete es will, und die daher vom Richter von Amtswegen nicht berücksichtigt werden dürfen; auf sie kann also auch verzichtet werden: bedingt ipso jure wirkende Thatsachen (Compensation §§. 1438 f. Verjährung §. 1501). Sie bilden den Uebergang zu den technischen Exceptionen.[4])

Die in der Willkür des Berechtigten stehenden Erlöschungsarten (wie Verzicht, Annahme der Zahlung, Compensation) wirken nur gegen ihn, nicht gegen den Dritten, z. B. den Pfandgläubiger. Verzichtet der Gläubiger auf eine verpfändete Forderung, so bleibt das Pfandrecht dennoch aufrecht (§. 1444), ebenso, wenn er sie ohne Zustimmung des Pfandgläubigers eincassirt (§. 455), daher auch §. 51 Gb. G. Die Dereliction eines verpfändeten Grundstückes zerstört ebenfalls das Eigenthum gegenüber dem Pfandgläubiger nicht.

In allen Fällen zieht die Erlöschung des Rechtes auch die der entsprechenden Verbindlichkeit und umgekehrt nach sich (§. 1411).

1) Unger II. S. 14. — 2) Vgl. Unger S. 14—16. — 3) Unger a. a. O. — 4) Unger II. S. 490 f.

B. Insbesondere bei gebundenen Rechten und Schulden.

§. 65.

Im Allgemeinen dieselben Thatsachen wie bei den ungebundenen Rechten und Schulden. Ein besonderer Erlöschungsgrund der Untergang der Sache, welche Träger des gebundenen Rechtes oder der gebundenen Schuld ist.

Digitized by Google

Bei jenen gebundenen Rechten, deren Basis ein factischer Zustand ist, ist die Zerstörung dieses Zustandes die einzige subjective Erlöschungsart; andere Erlöschungsarten (ungebundener Rechte) schaffen höchstens einen Rechtstitel für die Aufhebung, der gegen den Singularnachfolger regelmäßig nicht wirkt. — Confusion und Dereliction wirken meist nur vorübergehenden Stillstand. — Trennung des Rechtes oder der Schuld von dem maßgebenden Zustand. (Extabulation, Amortisation, vertragsmäßige Umwandlung in freie Forderungen). Nicht überall zulässig.

Drittes Hauptstück: Von Personen.*)

Einleitung.

§. 66.

Person ist ein Wesen, welches Subject von Rechten sein kann. Ein solches ist von Natur aus[1]) jeder Mensch. Diese seine Eigenschaft heißt Persönlichkeit oder Rechtsfähigkeit. Sie fehlt ganz (nach positivem Recht) den Sclaven, theilweise den Leibeigenen. Das österreichische Recht erklärt jeden Menschen für eine Person, ausgestattet mit den von der naturrechtlichen Doctrin angenommenen angeborenen Rechten, und fähig, neue Rechte zu erwerben (§§. 16, 18. Hofd. 25. Aug. 1826 §. 1). Das objective Recht kann die Rechtsfähigkeit an ein anderes Substrat knüpfen, wodurch dasselbe vermöge einer Fiction zur Person wird: Juristische Personen gegenüber den physischen. Die Persönlichkeit selbst ist die Voraussetzung aller Rechte, nicht selbst ein besonderes Recht.[2])

Beschränkte Rechtsfähigkeit: Zustände der Person, in welchen sie Träger gewisser Rechte nicht sein kann. Volle und beschränkte Handlungsfähigkeit.[3]) Das G. B. umfaßt beide in dem Ausdruck: „persönliche Fähigkeit" (§§. 4, 34), „Fähigkeit der Person" (§. 1460, M. R. zu §. 865).

Der Inhalt der Lehre von Personen umfaßt die Darstellung des Anfanges und Endes der Persönlichkeit, sowie jener Zustände (status), welche auf Rechts- oder Handlungsfähigkeit von Einfluß oder sonst im Privatrecht von Bedeutung sind. Sie bildet einen Theil des Personenrechtes im objectiven Sinne.[4]) Unpassend der Gesichtspunkt des §. 15 b. G. B.

1) Savigny I. S. 336, II. S. 2. Arndts §. 24. Unger I. S. 230 verlangt eine positive Norm, damit der Mensch als rechtsfähig anerkannt werde. Vgl. Berger Krit. Beitr. S. 29 f. — 2) Wie doch gelehrt wird von Puchta Pand. §§. 22, 46, 114 f., Gerber §. 34, Bangerow I. §. 34 u. A. Vgl. darüber Arndts §. 24 Anm. 1. — 3) Diesen Ausdruck hat nunmehr auch das Gesetz 15. Nov. 1867 Nr 131 R. G. B. im §. 5; die älteren Gesetze gebrauchen dafür den Terminus: „Eigenberechtigung". Eine Species der Handlungsfähigkeit ist die Zurechnungsfähigkeit bei widerrechtlichen Handlungen. — 4) Vgl. Unger S. 225, 504.

*) Schwarze in Weiske's Rechtslex. VII. S. 887 f.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.
Physische Personen.

A. Dasein derselben.

§. 67.

1. Anfang der Persönlichkeit.

Vor der vollendeten Geburt des lebenden Kindes existirt dasselbe nicht als selbständiges Wesen. Erforderlich also vollständige Trennung vom Mutterleibe und Leben nach dieser Trennung.[1]) Die Dauer dieses Lebens und die Lebensfähigkeit[2]) für die juristischen Wirkungen der durch die Geburt begründeten Rechtsfähigkeit gleichgültig. Bedingte[3]) Rechtsfähigkeit der noch ungeborenen Leibesfrucht: nasciturus pro nato habetur, quotiens de commodis ejus quaeritur[4]); §. 22 b. G. B. Die lebende Geburt wird nach österreichischem Recht vermuthet (§. 23 b. G. B.).[5])

Nach einer deutschrechtlichen Idee[6]) werden unter gewissen Beschränkungen auch unerzeugte Personen wie gegenwärtige Rechtssubjecte behandelt, wenn ihnen durch Privatdisposition für den Fall ihrer künftigen Existenz ein Vermögen unmittelbar zugewendet wird (§§. 612, 630, 632, Hofd. 29. Mai 1845), daher für sie ein Curator zu bestellen ist (§. 274 b. G. B.)

1) Savigny II. S. 6. Arndts §. 75. Das Abschneiden der Nabelschnur ist nicht wesentlich. — 2) Die Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller über das Erforderniß der Vitalität gehen sehr auseinander. Für das österr. Recht ist offenbar jene Lehre maßgebend, zu der sich Savigny II. S. 385 f. bekennt; vgl. Unger I. S. 232. — 3) Bedingt nämlich durch den Umstand, daß die Leibesfrucht lebend zur Welt kommt. Die Sache ist also nicht so aufzufassen, als ob schon die Empfängniß der definitive Anfangspunkt der Rechtsfähigkeit und die Todtgeburt dann deren Erlöschung wäre. Arndts §. 25, Anm. 1. — Ihering Dogm. Jahrb. X, S. 484 bringt dies unter den Gesichtspunkt der Gebundenheit wegen jus futurum. — 4) L. 7. 26. D. de statu hom. 1. 5. L. 231 de V. S. cf. L. 129 eod. — 5) Nach röm. und deutschem Recht muß sie erwiesen werden. — 6) Gerber §. 29 Note 5. Im Zusammenhange damit steht das Princip: ex pacto et providentia majorum. Nach röm. Recht konnte ein Unerzeugter nicht direct zum Erben eingesetzt werden. Ihering S. 462 f. betrachtet den Fall als künftiges Recht mit gegenwärtiger Gebundenheit.

§. 68.

2. Ende der Persönlichkeit.

Es liegt im Tode der Person. Die Fiction des §. 547 b. G. B. deutet nicht auf die Möglichkeit eines späteren Endpunktes[1]), und das österreichische Recht kennt auch keinen früheren Zeitpunkt der Erlöschung der Rechtsfähigkeit (§. 16 b. G. B.). Feierliche Ordensgelübde heben zwar die Fähigkeit zu späterem Vermögenserwerb auf, der Professe bleibt aber Subject der vorher begründeten Rechte und Verbindlichkeiten. Diesfalls

Digitized by Google

eine Curatel zu bestellen (Ges. 9. Aug. 1854 §. 182).[2]) Eine Verzichtleistung auf die Rechtsfähigkeit findet nicht statt.[3])

Beweis des Todes. Todeserklärung entwickelt an der Hand der deutschrechtlichen Praxis.[4]) Im österreichischen Recht[4a]) zwei Voraussetzungen: a) Verschollenheit d. h. die von gewissen Umständen begleitete Nachrichtslosigkeit, b) ein Ausspruch des Richters.[5]) Der ersten Bedingung ist genügt, wenn die Nachrichtslosigkeit wenigstens 30 Jahre, bei Personen, seit deren Geburt 80 Jahre verstrichen sind, wenigstens 10 Jahre, bei jenen, die in einer nahen Todesgefahr gesehen wurden[6]), wenigstens 3 Jahre gedauert hat (§. 24 b. G. B.); zur Erfüllung der zweiten Bedingung gehört, daß Personen, denen es wegen ihres Erbverbandes an der Todeserklärung des Verschollenen gelegen ist, um deren Vornahme bei Gericht ansuchen, daß ein Curator zur Wahrung der Interessen des Verschollenen, insbesondere zur sorgsamen Prüfung der Angaben der Gesuchsteller aufgestellt, daß der Verschollene durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes Edict zum Erscheinen vorgeladen und nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die Todeserklärung endgiltig ausgesprochen werde (§. 277 b. G. B.). Bei der (sogenannten feierlichen) Todeserklärung behufs Wiederverehelichung ein solenneres Verfahren (§§. 112—114 b. G. B.).

Wirkung: Entstehung der Vermuthung, daß der Verschollene am Tage der Rechtskraft der Todeserklärung gestorben sei; darin liegen drei Vermuthungen, von denen jedoch jede einen Gegenbeweis zuläßt (§. 278 b. G. B.): a) daß er todt sei[7]); b) daß er vom Tage der rechtskräftig gewordenen Todeserklärung an todt sei[8]) (was insbesondere auch bei der Todeserklärung eines in naher Todesgefahr Gesehenen gilt); c) daß er bis dahin gelebt habe[9]) (§. 278 b. G. B. und Pat. 9. August 1854 §. 131). Je nach dem Zwecke der Todeserklärung wird nun entweder der Erbgang eröffnet oder es gilt die Ehe des Verschollenen als aufgelöst.[10])

An die Erben gelangt nicht nur das ursprüngliche Vermögen des Verschollenen, sondern auch jenes, das ihm kraft der Vermuthung sub c) bis zum Tage der Todeserklärung angefallen ist, alles dieses selbstverständlich nach den Regeln über die Verlassenschaftsabhandlung. Da aber alle diese Vermuthungen einen Gegenbeweis zulassen, so kann es kommen, daß andere Personen ihr Erbrecht beweisen oder der zurückkehrende Verschollene sein Vermögen zurückfordert; im ersten Falle handelt es sich um eine gewöhnliche Erbschaftsklage nach §. 824 b. G. B., und offenbar will auch §. 278 i. f.[11]) trotz seiner differirenden Fassung[12]) nichts Anderes sagen; im letzteren Falle hat der Kläger eine der Erbschaftsklage analoge Klage.[13])

Priorität des Todes. Hier trotz der Wichtigkeit der davon abhängenden Fragen keine solche Vermuthung wie im §. 23 b. G. B. aufgestellt, weil jede Vermuthung mehr oder weniger willkürlich wäre. Daher nur bestimmt, es sei nicht zu vermuthen, daß Einer vor dem Anderen gestorben sei oder (gleichbedeutend) es sei im Zweifel der gleichzeitige Tod anzunehmen[14]); es findet also jene Vermögensübertragung nicht statt, die eine Folge der Priorität des Todes des Einen oder Anderen wäre.[15])

1) Ausnahme, insofern der im öffentlichen Buche Eingetragene, auch wenn er nicht mehr lebt, bis zur Löschung als Eigenthümer u. s. w. ange-

Digitized by Google

sehen wird. — 2) Trotzdem erkennt Entsch. G. H. 1864 Nr. 9 [nicht enthalten in den Sammlungen], daß die Ablegung des Gelübdes der Armuth den Verlust der Rechtsfähigkeit nach sich ziehe und die Verlassenschaftsabhandlung zu eröffnen sei, arg. Hofd. 5. October 1836 Z. 3265 für Lomb. Venet. — 3) Der unglücklich stylisirte §. 538: „dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entsagt" bezieht sich nur auf das Ordensgelübde. — 4) Gerber §. 34. Gengler Handb. S. 75 f. Savigny II. S. 17 f. Bruns in Bekker's Jahrb. I. S. 90 f. Steinberger in Weiske's Rechtslex. XII. S. 693 f. Schwarze ebenda VII. S. 891 f. Arndts §. 26. Puchta §. 115 u. A. — 4a) [Vgl. jetzt das das bisher geltende Recht in mehrfachen Beziehungen ändernde Gesetz v. 26. Febr. 1883. Nr. 20. R. G. B.] — 5) Berger Krit. Beitr. S. 126 erklärt die Voraussetzungen des §. 24 b. G. B. schon für genügend, um die Todesvermuthung zu begründen. Allein der Todestag wäre damit noch nicht fixirt; vgl. Nippel Mater. I. S. 110, Entsch. G. Z. 1871 Nr. 88. [= Sammlung VIII. Nr. 3988.] — 6) Auch die Theilnahme an einer Schlacht ist als nahe Todesgefahr anzusehen (Entsch. G. H. 1871 Nr. 60. [= Sammlung IX. Nr. 4168.] — 7) Der Verlauf der im §. 24 angegebenen Zeit begründet für sich die Vermuthung nicht, trotz der Eingangsworte des Paragraphen. — 8) Theoretisch wäre es richtiger, den Todestag in den Ablauf des Verschollenheitstermines zu setzen. Savigny II. S. 19. Keller §. 21. Nippel a. a. O. S. 110 f. Unger I. S. 241. Nach österreichischem Rechte ist aber die Todeserklärung constitutiver Natur, was auch manche gemeinrechtliche Schriftsteller billigen. — 9) Diese Vermuthung gilt freilich auch ohne die Todeserklärung (Pat. 9. August 1854 §. 131). Allein durch letztere wird der Grenzpunkt der Vermuthung fixirt. Vgl. Plenarentsch. G. Z. 1865 Nr. 36. [= Sammlung IV. Nr. 2042.] Gemeinrechtlich ist die Frage streitig. — 10) Fand zuerst die feierliche Todeserklärung statt, so wirkt sie zugleich Eröffnung des Erbganges, da dieses strengere Verfahren offenbar auch das einfachere in sich schließt. Fand hingegen letztere zuerst statt, und dann erst die feierliche Todeserklärung, so sind hier nicht (wie Unger behauptet) zwei Todestage anzunehmen, denn die feierliche Todeserklärung constatirt nur, daß der Todterkannte für todt zu halten, nicht auch, wann er gestorben sei. Harum in b. G. Z. 1862 Nr. 25. — 11) Es ist auffallend, daß die österreichischen Schriftsteller dieser Frage nicht gedenken; sie ist um so belangreicher, als sie ein wichtiger Beitrag zum Verständniß nicht nur der §§. 278 und 824, sondern auch des §. 329 b. G. B. ist. — 12) Die Differenz der Fassung liegt darin, daß §. 278 den Besitznehmer des Vermögens in jeder Beziehung, also auch in Bezug auf die Substanz als redlichen Besitzer behandelt wissen will, und daß auf die Eventualität eines unredlichen Besitzes gar nicht Rücksicht genommen wird. Letzteres Bedenken ist von jeher durch einschränkende Interpretation behoben worden; das erstere verschwindet durch Betonung des Ausdruckes „Vermögen" in §. 278. Der redliche Besitzer eines ganzen Vermögens haftet nämlich trotz §. 329 für die Substanz, insoweit er durch den Schaden des Eigenthümers bereichert wird, weil es zum Begriff eines Vermögens gehört, daß einzelne Bestandtheile unbeschadet des Ganzen wechseln, und das Vermögen ist im Sinne des §. 329 als verbraucht erst anzusehen, wenn

Digitized by Google

auch dessen Aequivalent zu Grunde gegangen ist. Darum ist die Klage des §. 278 nicht eine Eigenthumsklage, sondern die Vindication eines Vermögens. — 13) Unger I. S. 243 Note 36. — 14) Vgl. Unger I. S. 251. — 15) Ueber das römische Recht und die darin vorkommende Ausnahme vgl. Savigny II. S. 20 f. Bangerow I. §. 33.

B. Die auf die Rechtsfähigkeit Einfluß nehmenden Zustände der Person.

§. 69.

Allgemeines.

Rechtsfähig ist nach österreichischem Recht Jedermann; der Umfang der Rechtsfähigkeit aber ist nicht bei allen Menschen der gleiche. Die römische Lehre von den drei status dem österreichischen Recht fremd[1]); aber gewisse Zustände auch in diesem für den Umfang der Rechtsfähigkeit bedeutend.

1) Unger S. 254 f. Dennoch waren offenbar diese status die Veranlassung, daß neben der Persönlichkeit im Allgemeinen (§. 16) auch die Staatsbürgerschaft (§§. 28 f.) und das Familienverhältniß (§§. 40 f.) unter den Rechten aus persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen im G. B. abgehandelt werden.

§. 70.

1. Modification durch Ehrenminderung.

Begriff der Ehre. Minderung derselben. Einfluß derselben auf die Rechtsfähigkeit nach römischem und deutschem Recht. Oesterreichisches Recht, älteres und gegenwärtig geltendes: Ehrlosigkeit, einfache (Folge der Verurtheilung wegen irgend eines Verbrechens), qualificirte (Folge einer gewissen Art der Verurtheilung oder der Verurtheilung wegen gewisser Arten strafbarer Handlungen). Lebenslängliche und vorübergehende Nachtheile. Verächtlichkeit. Anrüchigkeit aufgehoben.

§. 71.

2. Wegen Straffälligkeit.

Nachtheile, die mit der ausgestandenen Strafe von selbst aufhören. Ziemlich zahlreich im b. G. B., geändert durch die Nov. vom 15. November 1867. Civilrechtliche Nachtheile der Desertion und (früher) der unbefugten Auswanderung.

§. 72.

3. Wegen Religionsverschiedenheit.

Römisches, deutsches, österreichisches Recht. §. 39 b. G. B. St. G. G. 21. December 1867 Nr. 142, §. 14.

§. 73.

4. Wegen mangelnder Staatsbürgerschaft.

Staatsbürgerschaft, Indigenat, Incolat. Jus albinagii und droit d'épave. Abschoß und Nachsteuer (Abfahrtsgeld). Privatrechtliche Gleich-

Digitized by Google

stellung der Fremden mit den Inländern. Die Exterritorialen. Das Retorsions- oder Reciprocitätsprincip; Zurücksetzung der Fremden kraft desselben in gewissen Fällen. Insbesondere Vermögensexportationen.

Erwerbung der Staatsbürgerschaft durch Geburt, stillschweigende (einzelne Fälle) und ausdrückliche Verleihung. Verlust durch Auswanderung, Verehelichung einer Inländerin mit einem Ausländer, Entsagung.

§. 74.

5. Wegen Ordensgelübde.

Regelmäßiger Verlust der Erwerb- und Erb- wie Verpflichtungsfähigkeit. Ausnahmen. Beschränkung der Handlungsfähigkeit. Testirunfähigkeit, Eheunfähigkeit, Adoption, Testamentszeugniß, Vormundschaft.

C. Die in Betreff der Handlungsfähigkeit[1]) und in anderen Beziehungen relevanten Zustände der Person.

§. 75.

1. Das Alter.

Besonders wichtig für den Umfang der Handlungsfähigkeit und das damit zusammenhängende Institut der Vormundschaft[2]) („Schutz der Gesetze“[3]), sowie die Fähigkeit zur Ehe, Vormundschaft, Adoption u. s. w. — Minderjährige, fortwährend unter gesetzlicher Vertretung. Innerhalb der Minderjährigkeit drei Abstufungen: Kindesalter bis zum zurückgelegten 7. Jahre, die Zeit vollständiger Handlungsunfähigkeit §. 865 und arg. a contr. aus §. 310. Unmündigkeit bis zum vollendeten 14. Jahre mit partieller Handlungsfähigkeit: a) §§. 865, 244, 310, 1018. b) §§. 151 a. A., 246 a. E., doch cf. §. 569 a. E.[4]) c) §. 246 a. A. geltend von den unter Vormundschaft (nicht auch den in väterlicher Gewalt §. 145) Stehenden. d) Imputationsfähigkeit §§. 1308—1310. — Mündige (vom 14.—24. Jahre) können auch über das verfügen, was ihnen zum Gebrauche übergeben wurde[5]), und sich diesfalls verpflichten (§§. 151 a. E., 246 a. E.). Beschränkte Testirfähigkeit bis zum 18. Jahre (§. 569). Ferner §. 247. Ehemündigkeit (§. 48). Testamentszeugenfähigkeit[6]) (§. 591, 597).

Großjährigkeit, der Zustand voller Handlungsfähigkeit. Wichtig ferner das 50. Jahr (§. 180) und das 60. (§. 195). — Privilegien[7]) des höheren Alters.

1) Auf die Handlungsfähigkeit sind außer den nachfolgend erörterten Zuständen von Einfluß a) die Straffälligkeit bei Deserteuren und den in der Wehrpflicht stehenden Auswanderern (§§. 61, 574, 868 b. G. B. und §. 27 lit. b St. G. B., aufgehoben durch Gesetz 15. November 1867 §. 5); b) Ordensgelübde (oben §. 74). — Die Handlungsunfähigkeit hat zur Folge, daß die bestimmte Handlung (Eheschließung, Testirung) gar nicht, oder daß sie nur durch einen gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden kann. Dies scheint,

Digitized by Google

nicht ganz passend, gemeint im Gesetz v. 1867 cit. verb.: „Verlust oder Beschränkung der bürgerlichen Handlungsfähigkeit." — 2) Nach österreichischem Rechte ist auch der Vater nur eine Art Vormund, vgl. Unger S. 255. — 3) Dieser Ausdruck ist echt deutschrechtlich. Es ist damit mehr der Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit des unerfahrenen Alters gegen fremde Bevortheilungen, als jener der physischen Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften hervorgehoben. Vgl. Gerber §. 243. Mittermaier Grundsätze §. 415. — 4) Das römische peculium quasi castrense. — 5) Einer der römischrechtlichen Fälle der bona advent. irreg., welcher aber mit Hinsicht auf §. 367 b. G. B. eine unrömische Ausdehnung erhalten hat. — 6) Uebrigens keine Erweiterung der Handlungsfähigkeit. — 7) Daher kann man nicht sagen, der noch nicht Fünfzigjährige sei darum, weil er nicht adoptiren kann, in seiner Rechts- oder Handlungsfähigkeit beschränkt; denn zu allen regelmäßig vorkommenden Handlungen und Rechtsverhältnissen ist er befähigt.

§. 76.

2. Das Geschlecht.

Im älteren deutschen Recht Frauen oft vom Grundbesitz ausgeschlossen, im Erbrecht beschränkt, Geschlechtsvormundschaft.[1]) Im österreichischen Recht ist das Geschlecht nur insofern erheblich, als gewisse Unterschiede in den Rechtsverhältnissen beider Geschlechter theils eine nothwendige Folge des Geschlechtsunterschiedes sind, theils auf Sitte beruhen: §§. 192; 434, 591, 1249; 626 und früher Nachfolge in Bauerngüter. SC. Vellejanum entfallen §. 1349.

[1]) Unger S. 280 f. Aus der Geschlechtsvormundschaft hat sich noch erhalten die Vogtei des Mannes (§§. 91, 92, 1034) und §. 1238 b. G. B.

§. 77.

3. Die Gesundheit.

Körperliche und geistige Gesundheit und Krankheit (Leibes- und Geistesgebrechen). Einfluß besonders auf die Handlungsfähigkeit. Leibesgebrechen, welche den Betreffenden dauernd in die Unmöglichkeit versetzen, seine Angelegenheiten selbst zu verwalten: §§. 173, 251, 275 b. G. B., Ges. 25. Juli 1871 Nr. 76, §. 1 lit. e mit Not. O. §. 56.[1]) Geisteskranke: Kein juristischer Unterschied zwischen Rasenden, Wahnsinnigen und Blödsinnigen. Volle Handlungsunfähigkeit (§§. 49, 310, 566, 865), besonderer Schutz des Gesetzes (§. 21) durch Beigebung einer wirksamen Vertretung (§§. 173, 251, 270). Die Bestellung des Curators hat auf die Handlungsfähigkeit insoweit Einfluß, als vor seiner Bestellung nur auf die natürliche Befähigung zu Rechtsgeschäften Rücksicht zu nehmen ist, nach derselben aber die Unfähigkeit bis zur Enthebung von der Curatel fortdauert (§. 283).[2]) — Auch vorübergehende Sinnenverwirrung zerstört die Handlungsfähigkeit.[3])

1) Letzteres gilt für die seit 1. Nov. 1871 vorgekommenen Fälle. Die Fähigkeit zur Schließung mündlicher Rechtsgeschäfte wird dadurch nicht berührt.

Digitized by Google

Kaserer G. Z. 1871 Nr. 91. — 2) Ausnahme rücksichtlich der Testirungsfähigkeit §. 567. — 3) §§. 1307, 565, 566, 865. Savigny Syst. III. S. 87. Strafges. §. 2 lit. e. Hierher gehört auch der Zustand außerordentlicher Angst.

§. 78.

4. Die Interdiction.

Begriff. Prodigalitätserklärung. Deren Voraussetzungen und Wirkungen. — Concurseröffnung und deren Wirkungen.

§. 79.

5. Der Stand.

Große Bedeutung des Geburtsstandes im deutschen Rechte. Heutzutage „Gleichheit Aller vor dem Gesetze". Reste von besonderen Rechten des Adels und des ehemals reichsunmittelbaren Adels, die sich in Oesterreich erhalten haben. Der Stand als Berufsstand.

Zweiter Abschnitt.

Juristische Personen.

I. Rechtliche Natur derselben.

§. 80.

Beilegung der Rechtsfähigkeit an ein anderes Substrat als den Menschen durch Rechtsfiction. Fingirte, juristische, moralische Personen. Versuche, die Personification zu entbehren: Brinz u. A. Bedenken gegen die neue Lehre. — Voraussetzungen der Existenz einer juristischen Person: 1) Ein Vermögen, zu welchem ein Subject fingirt werden muß; also sind nicht juristische Personen: die Behörden, die Grundstücke, die Familien, die Gesellschaften, die Concursmasse, die Staatskassen und Fonde. Hereditas jacens? Lehranstalten? 2) Zulässigkeit des Zweckes, dem das Vermögen gewidmet ist. — Eintheilung in Corporationen und Stiftungen. Bedenken gegen dieselbe und gegen die dabei vorgenommene Personification des Zweckes? In Wahrheit ist das Rechtssubject ganz verschieden von der Personenmehrheit, wie von der sichtbaren Anstalt, allerdings aber ist ein solches da, wo eine Corporation oder eine Stiftung besteht.

Die Corporation. Sprachgebrauch des Gesetzbuches. Unterscheidungsmerkmale gegenüber der Gesellschaft. Oeffentliche und Privatcorporationen. Die juristische Persönlichkeit der modernen Vereine. Die Actiengesellschaft. Die Handelsgesellschaft.

Die Stiftung. Sie ist eine selbständige juristische Person; doch ist das im b. G. B. noch übersehen.

Digitized by Google

II. Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen.

§. 81.

Juristische Personen sind vollkommen handlungsunfähig. Die Möglichkeit des Vermögenserwerbes, wie bei Kindern und Wahnsinnigen durch Vertretung vermittelt. Die Verfassung (Statuten) entscheidet, wer das zur Vertretung berufene Organ sei; der Umfang des Vertretungsbefugnisses ist im Allgemeinen derselbe, wie beim Vormund, das vorgesetzte Organ aber ist die „öffentliche Verwaltung". Ausnahmsweise Vertretung durch einzelne Mitglieder.

Gleichstellung der juristischen mit den physischen Personen in Ansehung der Vermögensrechtsfähigkeit, soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist. Fähigkeit zum Haben und Erwerben von Eigenthum („Gemeindevermögen" und „Gemeindegut"), Pfandrecht, Servituten, Besitz; Vertrags- und Delictsfähigkeit, Erbfähigkeit (testamenti factio passiva), Fähigkeit zu klagen und geklagt zu werden, eine Vollmacht zu übernehmen.

III. Entstehung und Erlöschung juristischer Personen.

§. 82.

A. Entstehung durch Vorhandensein eines einem erlaubten Zwecke gewidmeten, keiner physischen Person gehörigen Vermögens oder auch nur einer Corporation ohne Vermögen. Anerkennung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt in der Regel nicht nöthig — Erlaubtheit des Zweckes (§. 26 b. G. B.) genügt. Ausnahme bei den Wassergenossenschaften und den seit 5. Nov. 1855 entstandenen geistlichen Orden und Congregationen. In allen übrigen Fällen hat die Concessionirung, wo sie vorgeschrieben ist, nur einen polizeilichen Zweck, sie constatirt die Erlaubtheit des angestrebten Zweckes und hat rückwirkende Kraft. Daher auch eine durch letzten Willen ins Leben gerufene Stiftung, vorausgesetzt, daß die Concession ertheilt wird, vom Tode des Erblassers an rechtlich existirt.

B. Erlöschung: 1) Durch Untergang des Vermögens und 2) durch staatliche Aufhebung. Tod oder Austritt aller Mitglieder einer Corporation, Auflösung der Corporation durch eigenen Beschluß oder Verfügung der Staatsgewalt führen an sich den Untergang der Corporation noch nicht herbei, weil damit die Vermögensverhältnisse zu existiren noch nicht aufgehört haben. Immerhin ist aber ein Auflösungsbeschluß eine über die ordentliche Verwaltung hinausgehende Angelegenheit.

Einfluß der (administrativen und juristischen) Vereinigung der Vermögen mehrerer juristischen Personen — der Theilung einer juristischen Personen in mehrere — der Ausscheidung eines Theiles zum Zweck der Vereinigung mit einer anderen.

Schicksal des Vermögens einer aufgehobenen juristischen Person: Abgesehen von besonderen gesetzlichen Bestimmungen kann keineswegs davon ausgegangen werden, daß das Vermögen als bonum vacans an den Staat falle. Es muß möglichst dem bisherigen, eventuell einem ähnlichen Zwecke

Digitized by Google

erhalten bleiben, den Gemeinde, Land, Staat zu realisiren haben kann. Wo das nicht möglich ist, kann der Staat Vertheilung unter die gewesenen Mitglieder oder Verwendung zu wohlthätigen Zwecken anordnen. Rückforderungsrecht nach §. 1435 vgl. mit 1174. Bei Actienvereinen Vertheilung unter die Mitglieder. Statutenmäßige Bestimmungen, wo solche sich finden, maßgebend. Auflösung nicht wegen Unerlaubtheit des Zweckes ist nur Aenderung des Vertretungsorganes. — Haftung dessen, der das Vermögen erhält, für die Schulden.

Viertes Hauptstück: Von den Rechtsobjecten.[1])

I. Begriff und Eintheilung.

§. 85.

Jedem subjectiven Recht ist wesentlich ein Object, worüber die rechtliche Macht ausgeübt wird; als solche erscheinen die körperlichen Stücke der unfreien Natur (technisch: Sachen), Menschen[2]), Handlungen und Rechte. Alle vom Menschen verschiedenen Rechtsobjecte nannte die ältere Doctrin[3]) Sachen[4]); so auch b. G. B. §. 285, und daher die Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen §. 291; daher bezeichnet auch „Sachenrecht" im §. 14 und der Aufschrift des II. Theiles des G. B. sowohl die die dinglichen Rechte, als auch die die Forderungen betreffenden gesetzlichen Bestimmungen. Die Modernen verstehen unter „Sachen" nur die körperlichen Sachen, unter „Sachenrecht" nur die die dinglichen Rechte betreffenden Normen.

Daß das Rechtsobject einen Geldwerth habe, wie oft verlangt wird, ist nicht wesentlich; auch Handlungen, für die es kein Geldäquivalent geben kann (Verbreiten eines geistigen Productes blos im literarischen Interesse des Autors, Gewähren eines Vergnügens) sind Gegenstand von Rechten; was Rechtsobject sein soll, muß nur geeignet sein, irgend ein Interesse zu befriedigen. Damit stimmt auch §. 285 b. G. B. Wohl aber müssen (körperliche) Sachen, um Rechtsobjecte zu sein, selbständige Existenz haben, sonst könnten sie nur als Bestandtheile einer anderen Sache in Betracht kommen.[5]) Gebäude, im Boden wurzelnde Bäume, Pflanzen sind daher partes fundi, sie gelten mit dem fundus als veräußert (§. 1061) und können nicht selbständig veräußert oder verpfändet werden (§. 457).

Eintheilung: Sachen (im technischen Sinne), Handlungen und Rechte; dieser Eintheilung entspricht die oft mißverstandene Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen (§§. 291, 292). Da auch Handlungen „in die Sinne fallen" können, kann man die Sachen nur definiren als Stücke der unfreien Natur mit bestimmter räumlicher Begrenzung[6]); zu den unkörperlichen Rechtsobjecten gehören Rechte als Objekte des Pfandrechts und Handlungen als Objekte der persönlichen Rechte. Irrig ist es, die Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen nicht für eine Eintheilung

Digitized by Google

der Rechtsobjecte, sondern des Vermögens zu halten[7]); es ist ganz unwahrscheinlich, daß das römische wie das österreichische Recht in einem der Lehre von den Rechtsobjecten gewidmeten Abschnitt von einer Eintheilung des Vermögens zu sprechen beabsichtigt habe.

Gegenwärtige und künftige Rechtsobjecte:[8]) Um Gegenstand von Rechtsgeschäften zu werden, braucht das Object nicht schon vorhanden zu sein oder als selbständige Sache zu existiren; so können auch die Früchte des kommenden Jahres, hängende Früchte, noch nicht gefangene Fische Gegenstände von Geschäften werden. Rechtsobjecte werden solche Gegenstände freilich erst, wenn sie in gegenwärtige übergehen: es gibt also wohl eine Verpfändung künftiger Früchte (§. 457), nicht aber ein Pfandrecht an solchen.

1) Die Lehre von „Sachen" wird von Windscheid dem Sachenrecht verbunden und ebenso beabsichtigte es Savigny, da er davon im allgemeinen Theil seines Systems nicht handelt. Andere (z. B. Holzschuher I. S. 274. Gengler S. 143) lassen auf die Lehre von Rechtssubjecten jene von Rechtsobjecten folgen, und behandeln da Sachen und Handlungen. Letztere Stellung ist die richtigere: Einige Partien der Lehre von „Sachen" sind entschieden von allgemeiner Natur, indem sie für Rechtsobjecte überhaupt gelten, wie z. B. die Lehre von der Schätzbarkeit, wohl auch die von der Verkehrsfähigkeit, in gewisser Beziehung die von der Beweglichkeit und der Vertretbarkeit. — 2) Diese bleiben in der folgenden Darstellung außer Betracht, weil sie nur im Familienrecht zugleich als Objecte auftreten. — 3) Vgl. darüber Unger I. S. 354 und die dort Angeführten. — 4) Diese Terminologie ist nicht empfehlenswerth, weil sie dazu verleitet, das, was von der einen Species der „Sachen" gilt, auch auf die andern zu übertragen. Unger S. 356. — 5) Unger S. 363 f. — 6) Savigny I. S. 338, Keller §. 42. In diesem Sinne gebraucht auch das G. B. den Ausdruck Sache z. B. in §§. 653, 921, 1455 u. a. — 7) So thut es Unger S. 356 ff. — 8) Vgl. Unger S. 361 f., Ihering Jahrb. X. S. 464 f. —

II. Verkehrsfähigkeit der Rechtsobjecte.[1])

A. Allgemeines.

§. 84.

Die Fähigkeit der Sachen (im engern und weitern Sinne) Gegenstand von Rechten und Rechtsgeschäften zu sein, also durch letztere auf Andere übertragen und so in den rechtlichen Verkehr (commercium) gesetzt zu werden, heißt die Verkehrsfähigkeit.[2]) Manchen Objecten ist sie ganz oder zum Theil d. h. so entzogen, daß sie wohl Gegenstand der Rechte, nicht aber der Rechtsgeschäfte oder nicht beliebiger Rechtsgeschäfte sein können: Sachen außer Verkehr (res extra commercium §§. 311, 878, 880) im Gegensatz der im Verkehr befindlichen Sachen (res in commercio vgl. §. 303). Manche Sachen sind nur zufällig noch nicht Rechtsobjecte geworden, während sie es an sich wohl sein könnten: Herrenlose Sachen (res nullius). Die ältere Doctrin (seit dem Mittelalter)[3]) sieht auch diese als Staatseigenthum an, das jedoch, wo es der Staat nicht für sich vorbehalten, auch Private

Digitized by Google

durch Besitznahme sich aneignen dürfen, daher der Namen: freistehende Sachen. So auch[4]) §§. 286[5]), 287[6]) b. G. B. In dieser Doctrin ist Staatshoheit mit Eigenthum verwechselt; sie führt zur Anwendung der Grundsätze vom Eigenthum auf Sachen, an denen Eigenthum erst erworben werden soll und zu anderen mit dem Gesetz in Widerspruch stehenden Consequenzen, und ist daher zu verwerfen.

Die res divini iuris, die das Römische Recht zu den res extra comm. stellte, sind nach österreichischem Recht verkehrsfähig; die zum Gottesdienst bestimmten Sachen (res sacrae) stehen im Eigenthum der betreffenden Kirche und können auch veräußert werden[7]); die öffentlichen Begräbnißplätze (res religiosae) stehen im Eigenthum der Kirche oder politischen Gemeinde, und die Stadtmauern und Stadtthore (res sanctae) sind bald communales, bald fiscalisches Eigenthum.[8]) Selbst die Verkehrsunfähigkeit der übrigen romanistischen res extra commercium (res communes omnium, res publicae) ist im heutigen Recht wesentlich verändert.

1) Vgl. insbesondere Wappaeus z. Lehre v. d. dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867. — 2) Arndts §. 49 gebraucht dafür auch den Namen: Rechtsfähigkeit. — 3) Vgl. Gerber §. 90 Note 1, §. 95 Note 3. — 4) S. auch A. L. R. II. 16 §. 1 f., Cod. civ. art. 539, 713. — 5) Der §. 286 erinnert an L. 1 pr. D. de div. rer. 1. 8; während aber diese Stelle die Gemeindesachen zu den res publicae zählt, rechnet §. 286 sie zum „Privatgut". Doch dürfte diese Aenderung kaum von privatrechtlicher Bedeutung sein. — 6) Die in diesem Paragraph enthaltene Beschränkung auf die „Mitglieder des Staates" dürfte wegen §. 33 b. G. B. wohl nicht von erheblicher Bedeutung sein. — 7) Nach Entsch. G. Z. 1869 Nr. 70 [= Sammlung VI. Nr. 3215.] sollen nicht im privatr. Verkehr stehen die Kirchensitze, indem lediglich die Kirchenverwaltung über deren Benützung zu entscheiden berufen sei; ebenso der Cult. Min. Erl. v. 29. Juni 1860 Z. 9388. Nach Entsch. G. Z. 1869 Nr. 70 [= Sammlung VII. Nr. 3412.] soll aber darüber dennoch ein Civilrechtsstreit möglich sein, ob mit dem Eigenthum eines Grundstückes auch das Recht, einen Kirchensitz zu benutzen, auf den neuen Erwerber übergegangen sei; nach Entsch. G. Z. 1869 Nr. 67 [= Sammlung VII. Nr. 3252.] ist ein Synagogensitz Gegenstand des Besitzes, und soll die eigenmächtige Benutzung desselben eine Besitzstörung gegenüber der Synagogenvorstehung bilden. — 8) Unger S. 367 ff. Gemeinrechtlich wird die romanistische Ansicht noch immer festgehalten (vgl. Gerber §. 60, Arndts §. 49, Keller §. 48), jedoch sieht die evangelische Kirche die res sacrae und religiosae als wahres Privateigenthum an: Puchta §. 35 Note f.

B. Im Einzelnen.

§. 85.

1. Vom Gemeingut Aller[1]) (res communes omnium).

So nennt man gewisse Gegenstände (die atmosphärische Luft, das fließende Wasser, das offene Meer)[2]), die schon von Natur aus dem allgemeinen Gebrauche dienen, und ohne Veränderung ihres Wesens der aus-

Digitized by Google

schließlichen Herrschaft des Einzelnen gar nicht unterwerfbar sind. Der Ausdruck: es seien dies Sachen außer dem Verkehr[3]) — ist nicht correct; diese Gegenstände entbehren der Möglichkeit, Rechtsobject zu sein, darum, weil sie nicht Sachen im technischen Sinne sind; es fehlt ihnen die bestimmte räumliche Umgrenzung, da sie wegen des fortwährenden Wechsels ihrer Bestandtheile in jedem Momente andere sind; sie sind mehr Begriffe, als wirkliche Sachen. Luft wie Wasser treten sofort, aber auch erst dann in den Verkehr, wenn bestimmte Quantitäten davon, also mit bestimmter räumlicher Begrenzung, in Besitz genommen werden.

Es kann demnach trotz §§. 297, 422, 475 nicht von einem Eigenthum an dem oder einem Grundstück befindlichen Luftraum gesprochen werden; die citirten Paragraphen wollen nur die mit der freien Benützung des Grundstückes nothwendig verbundene Berechtigung betonen, alles Fremde aus jenem Raume auszuschließen[4]); auch giebt es trotz §§. 496, 854 und 1459 kein Eigenthum an einem Flusse oder Bache; „Privatbach", „Privatgewässer" u. dgl. bedeutet (s. unten) nur ein gewisses vorzugsweises Benützungsrecht rücksichtlich des über das oder neben dem Grundstück fließenden Gewässers.

1) Diesen Ausdruck gebraucht in Beziehung auf das fließende Wasser auch Wielandt in der „Ztschr. f. bad. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege" (der Hauptsache nach reproducirt in der österr. Verwaltungszeitschr. 1870 Nr. 18). Uebrigens darf man fragen, ob es nothwendig ist, im österreichischen Rechte von den res comm. omn. insbesondere zu handeln, da das G. B. derselben nicht erwähnt und die Rechtsverhältnisse an Gewässern in der Lehre von den res publicae wieder zur Sprache kommen. — 2) §. 2. J. de rer. div. 2. 1. — 3) So die herrschende gemeinrechtliche Lehre. — 4) Das im §. 488 b. G. B. erwähnte Recht auf Licht und Luft ist lediglich eine negative Servitut an dem benachbarten Grundstück (§. 476 Nr. 10).

§. 86.

2. Das öffentliche Gut (res publicae).

Staats- oder öffentliches Gut, — Staatsvermögen, Gemeindegut, — Gemeindevermögen. Oeffentliche Wege nach österreichischem Recht in der Regel Eigenthum des Staates oder der Gemeinde, ihr Verkehr jedoch in einzelnen Beziehungen (nämlich durch ihre Bestimmung für den allgemeinen Gebrauch) beschränkt, daher insbesondere keine Execution derselben zulässig. Ihre Accessionen gehören dem Eigenthümer des solum, der auch ein Anderer als Staat oder Gemeinde sein kann, wo die Wegegerechtigkeit Servitut ist.

Ueber Erwerbung, Veräußerung, Schutz des öffentlichen Gutes gelten in der Regel die gewöhnlichen Grundsätze des Privatrechtes. Doch kommen auch Abweichungen und namentlich administrativer Schutz vor. Ausübung des Besitzes von Gemeindewegen in usu publico durch die Gemeindebewohner. Administrative Normen über Benützung und Verwaltung. Das Privatvermögen des Landesfürsten dagegen Privatgut.

Digitized by Google

Oeffentliche und Privatgewässer nach dem Reichswassergesetz. Praktische Bedeutung dieses Gegensatzes gelegen in jenen Nutzungen, welche den gleichen Gebrauch Anderer ausschließen und in den Eigenthumsverhältnissen an dem Wasserbett. Der öffentliche Gebrauch kein Privatrecht am fließenden Wasser, sondern eine freie Handlung. Daher weiter greifende Competenz der Verwaltungsbehörde. Abgrenzung derselben gegen die der Gerichte.

§. 413 b. G. B. ausgedehnt durch die Landeswassergesetze auf alle fließenden Gewässer, doch nur mit Einschränkung auf die Privatgewässer. Verpflichtung zum Uferschutz? Beitragspflicht zu Uferschutzbauten.

§. 87.

3. Polizeiliche Verkehrsbeschränkungen.

Aus polizeilichen Gründen dem Verkehr gänzlich entzogen sind nur ärarische Monturstücke, welche, wo sie betroffen werden, zu confisciren sind.[1]) Beschränkt ist der Verkehr hinsichtlich solcher Gegenstände, welche nur mit besonderer behördlicher Bewilligung besessen werden dürfen, wie: verbotene Waffen[2]), Gifte, verbotene Druckwerke, Sachen, deren Einfuhr verboten ist[3]) u. s. w., — oder die gar nicht (wie z. B. ein Reisepaß, ein Studienzeugniß) oder nur unter gewissen Umständen an Andere übertragen werden können, wie z. B. die Reliquien, die nicht entgeltlich[4]), oder Rentenscheine von Militärheirathscautionen, die nur von einem Ehegatten an den anderen, sonst aber an Niemanden eigenthümlich abgetreten oder verpfändet werden dürfen bei sonstiger Nichtigkeit des Geschäfts[5]), — oder die zwar im Eigenthum, aber nicht im Besitze stehen können, wie z. B. jene auswärtigen Lotterielooſe, welche weder von einer auswärtigen Regierung zur Contrahirung eines Anlehens ausgegeben, noch von einer solchen garantirt worden sind.[6]) Auch auf solche Gegenstände bezieht sich der Ausdruck, daß sie außer dem Verkehre stehen.[7])

1) Hofkd. v. 6. Decemb. 1800 und 29. Aug. 1839, Unger S. 653 Note 12. — 2) Pat. v. 24. Oct. 1852 Nr. 223, §§. 2, 3. Unger S. 370 Note 35. — 3) Unger a. a. O. Pat. v. 10 Mai 1787, enthaltend das Verbot des gleichzeitigen Besitzes zweier Bauerwirthschaften. Dazu Entsch. G. H. 1867 Nr. 65 [nicht enthalten in den Sammlungen], wonach zwar die Einantwortung der erbrechtlich zugefallenen zweiten Wirthschaft zulässig ist, dieselbe jedoch veräußert werden muß, wenn nicht die politische Bewilligung zum Besitze beider erwirkt wird. — 4) Hofd. v. 25. Nov. 1825, Unger S. 366 Note 16. — 5) Fin. Min. Erl. v. 31. Aug. 1858 Nr. 143. §. 11., Fin. M. Kundm. v. 8. Juni 1873 Nr. 125 R. G. B., §. 9. — 6) Gef. Str. Gef. B. §§. 438, 439, 444; Fin. M. E. v. 4. Febr. 1860 Nr. 33 R. G. B. Das Hofk. Decr. v. 7. Juni 1826 (Winiwarter Handb. II S. 19) bestimmt, daß solche Looſe, wo sie betreten werden, zu vernichten sind. Es dürfte also nicht einmal eine unentgeltliche Erwerbung unbedingt zulässig sein und nur das Eigenthum des im Ausland befindlichen Looſes, welches daher nicht in das Inland gebracht werden darf, ist zulässig; anders Unger S. 366 Note 16. — 7) §§. 878, 880 b. G. B. Unger S. 366, 367, 370, 371.

Digitized by Google

III. Juristisch-relevante Eigenschaften der Sachen.

(§. 291, b. G. B.)

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.

§. 88.

Beweglich sind jene Sachen, welche ohne Verletzung ihres Wesens eine Ortsveränderung zulassen (§. 293 b. G. B.).[1]) Unbeweglich sind nur Grundstücke (begrenzte Theile des Erdbodens) mit Allem, was sich unter der Oberfläche befindet[2]), sowie mit Allem, was ober derselben damit in organischer oder mechanischer Verbindung steht[3]), als: Bäume und Pflanzen, so lange sie darin wurzeln und eingefesteten Gebäuden.[4]) Diese integrirenden Bestandtheile des Bodens werden bei Veräußerungen und sonstigen Geschäften über Grund und Boden immer ebenso als Bestandtheile mitverstanden, wie Dachziegel, Thüren und Fensterläden bei der Veräußerung eines „Hauses." Danach beantwortet sich auch die vielbesprochene[5]) Frage nach der Qualität der Schiffmühlen; sie wurden oft für unbeweglich gehalten und in Grundbücher eingetragen; Hofd. v. 29. Mai 1824 Nr. 2011 J. G. S. erklärt dies für einen Irrthum und bestimmt, daß Eigenthums- und Pfandrechte an ihnen, als an beweglichen Sachen, nicht durch bücherliche Eintragung erworben werden können.[6])

Uebliche Unterscheidung der Sachen in res naturaliter und civiliter immobiles[7]) — veranlaßt durch das ältere deutsche Recht, das Rechtssätze, die von Haus aus nur für unbewegliche Sachen berechnet waren, auch auf gewisse bewegliche ausdehnte, die man dann insofern als unbewegliche Sachen bezeichnete.[8]) So auch b. G. B. §. 293, weil gewisse Erwerbs- und Belastungsarten von Immobilien auch jene Mobilien treffen, welche rechtliches Zugehör der ersteren sind. Das Richtige ist aber, daß diese Pertinenzstücke durchaus beweglich sind, daß aber auf sie wegen ihrer Pertinenzeigenschaft das anzuwenden ist, was für die Hauptsache gilt.[9]) Uebrigens braucht das G. B. das Wort „Zubehör" im weitern Sinne[10]), so daß auch die Accession[11]) darunter fällt (§. 294; Gras, Bäume, Früchte §. 295, Gebäude §. 297), als ob alles das an sich beweglich wäre und nur in rechtlicher Beziehung als unbeweglich erachtet würde, ebenfalls in Anlehnung an älteres deutsches Recht, welches Bodenerzeugnisse und Gebäude in mancher Beziehung als beweglich behandelte[12]), während sie doch weder bewegliche noch unbewegliche Sachen, sondern in ihrer Unselbständigkeit nur Bestandtheile einer unbeweglichen Sache sind.[13]) Bei Gebäuden macht das G. B. §. 297 deren Unbeweglichkeit davon abhängig, daß sie in der Absicht auf dem Grund und Boden aufgeführt worden sind, daß sie stets darauf bleiben sollen. An diesem Merkmal ist für das österreichische Recht allerdings festzuhalten.[14]) Insofern (als künftige bewegliche Sachen) können aber auch Bäume, Pflanzen und Gebäude als bewegliche Sachen in Betracht kommen, als Rechtsgeschäfte über sie auf den Fall ihrer Trennung zulässig sind.

Untertheilungen: Städtische und ländliche Grundstücke (praedia urbana und rustica)[15]), landtäfliche und nicht landtäfliche Güter.[16]) Moventien und bewegliche Sachen im engeren Sinne.[17])

Digitized by Google

Bewegliche Sachen werden in Fragen des internationalen Privatrechtes anders beurtheilt als unbewegliche (§. 300); verschieden ist ferner Erwerbung, Erlöschung und Verfolgung der dinglichen Rechte (§§. 431, 444, 445, 451, 581 u. a.), die Verjährung der Gewährleistungsklagen (§. 933), Pupillarsicherheit (§. 230), die Möglichkeit, Forderungen gegen Dritte wirksam zu machen (§§. 1070, 1073, 1095 u. a.), der Vorgang bei zwangsweiser Veräußerung oder Verpachtung (§. 322 ff. A. G. O.), die Anknüpfung sog. Realrechte an den Besitz u. s. f.[18])

Im deutschen[19]) und im österreichischen Recht ist der Begriff der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit auch auf das Vermögen im Allgemeinen angewendet worden (z. B. Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 22), so daß man auch Rechte unter die Eintheilung subsumiren muß.[20]) §. 298. Danach sind als unbeweglich anzusehen a) wegen ihrer Abhängigkeit vom Besitze einer unbeweglichen Sache die sog. Realrechte, als: die Prädialservituten,[21]) häufig das Jagd und Fischereirecht, das Patronat, die radicirten Gewerbe, in Galizien das Propinationsrecht, mehrere Reallasten, namentlich die früheren Urbarialrechte, während die an deren Stelle getretene Entschädigung nicht mehr die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache hat; b) nach verfassungsmäßiger Einrichtung zählten zum unbeweglichen Vermögen früher alle Urbarialrechte, also auch jene, die nicht an einen bestimmten Grundbesitz gebunden waren (Gilten)[22]), jetzt vorübergehend noch die Taz-, die Urbarial- und die Bergzehententschädigung.[23]) — Alle übrigen Vermögensrechte gehören zum beweglichen Vermögen; also auch der Fruchtgenuß an einer Liegenschaft, das Pfandrecht[24]), auch die auf einer Liegenschaft sichergestellten Schuldforderungen.[25])

1) Buchta §. 36, Unger I. S. 382. — 2) Auch Gasbeleuchtungsröhren? — 3) Buchta und Unger a. d. aa. OO., Arndts §. 50, Keller §. 50. — 4) Sie führen den technischen Namen Oberfläche (superficies §§. 1125, 1147). Die unter der Erdoberfläche befindlichen Bestandtheile des Bodens heißen die Unterfläche (§. 1125). — 5) Leyser zählte die Schiffmühlen zu den beweglichen, Böhmer und die Praxis zu den unbew. Sachen, Glück und Holzschuher I. S. 287 Nr. 14 dann zu den Immobilien, wenn sie auf Grund des Mühlenregals errichtet wurden und ihr Standort durch die Concession dahin bestimmt ist, daß sie denselben nicht wechseln dürfen. Siehe Unger S. 384 Note 9. — 6) Doch gestattete das Hofdec. v. 23. Juni 1827 Nr. 2287 J. G. S. die Fortsetzung der älteren Praxis rücksichtlich der bis zur Kundmachung der im Text erwähnten Verordnung bereits einverleibten Forderungen. — 7) Unger S. 390, Keller §. 43. — 8) Das römische Recht hat diesen „Denkfehler" (Keller a. a. O.) nicht. Vgl. noch Gerber §. 58, Unger S. 390—93. — — 9) Keller a. a. O. S. 80. Unger S. 394. — 10) Unger S. 384. — 11) Dieser Begriff wird freilich nicht immer im gleichen Sinne gebraucht vgl. z. B. Savigny Besitz, 5. Aufl. S. 270, Wächter im Rechtslex. I. S. 10. — 12) Unger S. 392 f. — 13) L. 40. D. 19. 1, L. 44 D. 6. 1, L. 7 §. 10 D. 41. 1. — 14) Das Nähere hierüber in den Ausführungen (§. 88.). — 15) Unger S. 385. Stehen städtische und ländliche Grundstücke in Ver-

Digitized by Google

bindung, so entscheidet die Beschaffenheit der Hauptsache. — 16) Diese Eintheilung hat namentlich durch das Pat. v. 7. Sept. 1848 ihre Wichtigkeit verloren, doch knüpfen sich an sie noch einige minder wichtige Unterschiede, namentlich hinsichtlich der öffentlichen Bücher, der Theilbarkeit und der Erbfolge (§§. 321, 761). — 17) Unger S. 389. Wichtiger ist die Untertheilung der Thiere in wilde, zahme und zahmgemachte. — 18) Unger S. 389 f. — 19) Das römische Recht kennt diese Erweiterung nicht. — 20) Diese Nothwendigkeit tritt auch ein, wenn in einer Privatdisposition von beweglichem oder unbeweglichem Vermögen die Rede ist, z. B. dem A das bewegliche, dem B das unbewegliche Vermögen letztwillig zugewendet wird. Hier wird es aber immer Sache der Interpretation sein, zu entscheiden, ob der Disponent nur die körperlichen Sachen oder das ganze Vermögen meinte; im letzteren Falle wäre im Zweifel §. 298 maßgebend. — 21) Selbverständlich auch Erbpacht-, Erbzins-, Bodenzinsrecht; doch werden diese vom Gesetze zum Eigenthumsrecht gezählt (§. 359). — 22) Denn sie bildeten eine besondere Einlage sowohl im Giltenbuch (Rectificatorium), als in der Landtafel. — 23) Nämlich bis zur erfolgten Zuweisung. — 24) Arndts §. 50 rechnet Sachenrechte, je nachdem sie sich auf bewegliche oder unbewegliche Sachen beziehen, zum beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, Realrechte zum unbeweglichen, Forderungen, auch verhypothecirte, zum beweglichen Vermögen, während Puchta §. 36 letztere zu den Immobilien rechnet. Wie unzuverlässig das alles für das gemeine Recht sei, ersieht man aus Keller §. 43 a. E. Dennoch will Unger S. 394 ff. gegen den klaren Wortlaut des §. 298 auch für das österr. Recht wie Arndts unterscheiden. — 25) Nach dem älteren deutschen Recht absorbirte das Pfandrecht die Forderung, darum galten hypothecirte Forderungen als unbeweglich (Schwabensp. 168, Unger S. 398 Note 69). Aehnliches findet sich auch im österr. R.; vgl. z. B. Pat. v. 7. Sept. 1782 und 17. Febr. 1792 (Wessely Hdb. II. Nr. 556, 557) und Just. M. E. v. 19. Juni 1850 Nr. 242 R. G. B.

B. Verbrauchbarkeit.

§. 89.

Verbrauchbar ist eine Sache, deren ordentlicher Gebrauch in der sofortigen gänzlichen Zerstörung oder merklichen Abminderung ihrer Substanz (entweder absolut oder für diesen Besitzer) besteht, §. 301.[1]) So die verschiedenen Consumartikel, Geld[2]), nicht auch Kleidungsstücke. — Die Verbrauchbarkeit bildet die Grundlage des unechten Nießbrauchs (§§. 510, 1227)[3]) und der sog. Vertretbarkeit.[4]) Bei Rechtsverhältnissen, die auf so lange Dauer berechnet sind, daß die allmähliche Abnützung innerhalb derselben zur völligen Zerstörung wird, kann man auch unverbrauchbare Sachen als verbrauchbar behandeln. So können auch Kleidungsstücke[5]), das Gutsinventar[6]) u. dgl. Gegenstand des uneigentlichen Nießbrauchs sein.

1) Puchta §. 36, Arndts §. 52, Keller §. 44, Unger S. 401. — 2) Arndts a. a. O., Unger S. 403 f. — 3) Keller §. 175. — 4) Unger S. 402 hebt nur dieses Moment hervor; allein dann verdiente die Verbrauchbarkeit keine von der Vertretbarkeit geschiedene Behandlung. — 5) Unger

Digitized by Google

S. 403, der revid. sächs. Entw. S. 125, Keller §. 175. — 6) Man denke an den Eisenviehcontract (Gerber §. 180, vgl. Unger S. 480 und Note 35.)

C. Vertretbarkeit.

§. 90.

Nicht nur bestimmte einzelne Sachen (species) können Gegenstand von Rechtsgeschäften werden, sondern auch unbestimmte, und zwar entweder so, daß sie nur durch allgemeine Gattungsmerkmale bezeichnet sind (genera, ein Pferd), oder so, daß ein Quantum von Sachen, bei welchem wegen ihrer Gleichheit das Individuum gleichgiltig ist, Gegenstand der Willenserklärung ist (Quantitäten, 20 Guldenstücke).[1]) Sachen, die sich zu der letzteren Behandlung eignen, heißen vertretbare, sonst unvertretbare.[2]) Vertretbar sind alle verbrauchbaren Sachen (namentlich das Geld), darum hielt man früher diese beiden Begriffe für identisch[3]), und so redet auch das b. G. B. auch da, wo es auf die Vertretbarkeit ankommt (§§. 971, 983, 1090), nur von Verbrauchbarkeit. Allein manche vertretbare Sachen sind unverbrauchbar (Nadeln, Bretter, Bücher und tausend andere in der Hand eines Handeltreibenden befindliche Sachen).

Die Vertretbarkeit ist wichtig für manche Rechtsverhältnisse, bei denen das Individuum gleichgiltig ist (Darlehen, Lieferungen, Geldforderungen), und lediglich von der Vertretbarkeit hängt es ab, ob ein Darlehen oder Commodat (bezw. Sachenmiethe) vorliegt (§§. 971, 983, 1090).[4])

Die Vertretbarkeit als rein juristische Eigenschaft ist von dem Willen der Parteien abhängig, so daß eine meist vertretbare (weil verbrauchbare) Sache als unvertretbar und umgekehrt behandelt werden kann[5]); z. B. Commodat (wobei der Commodant Eigenthümer bleibt) einer Quantität Wein ad pompam vel ostentationem, oder einer Geldsumme zu dem Zwecke, damit der Empfänger sie fälschlich als eigene vorweise; umgekehrt Darlehen in Waaren, die an sich unvertretbar sind (z. B. Pferde) gegen Verpflichtung zur Rückgabe ähnlicher Stücke, so daß der Satz unanwendbar wird, daß zufälliger Untergang des Obligationsobjectes den Schuldner befreit (§. 1447).[6])

Vertretbare Sachen können als solche nur Gegenstand einer Leistung, nicht eines dinglichen Rechtes sein.

Der Begriff der Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit ist auch auf Handlungen als Objecte von Obligationen anwendbar. Handlungen sind vertretbar, wenn es auf das sie vollziehende Individuum nicht ankommt (Geldzahlung, Verrichtung gewisser gemeiner Arbeiten). Schulden, welche vertretbare Handlungen zum Gegenstande haben, lassen Uebertragungen zu, sind also auch vererblich (§§. 918, 1162, 1448), eignen sich daher auch zu Realschulden, und es kann der Schuldner zur Erfüllung eine andere Person substituiren.

1) Obligationen auf Quantitäten vertretbarer Sachen sind certae; ist das Object ein genus, so ist die Obligation incerta. Unger S. 405, Puchta §. 36 a. E. — 2) Der Ausdruck mißbilligt von Savigny VI. S. 124 Note 6,

Digitized by Google

der dafür „Quantitäten" sagt, da „alle einer Vertretung durch Geldentschädigung empfänglich sind" — gemieden von Puchta §. 36; vgl. dagegen Unger S. 407 Note 14. Der barbarische Ausdruck „fungibel" ist aus L. 2 §. 1 D. 12. 1 gebildet, Arndts §. 51 A. 1. — 3) Unger S. 408. — 4) Vertretbare Sachen gelten als theilbar, trotz Untheilbarkeit der Individuen, sofern die Theilung nach der Quantität (numero) möglich ist. Darum kann bei einem gemeinschaftlichen Waarenlager in der Regel nicht die Civiltheilung (§. 843; vgl. Theilung der regelmäßig vertretbaren Nutzungen §. 840) verlangt werden; man muß eben eine vertretbare Sache für die andere nehmen, was für die Interpretation von §. 1323 b. G. B. wichtig ist. — 5) Unger S. 407 f. Im ersten Falle ist der Wille auf das Individuum, im zweiten nur auf das Quantum und Quale als Obligationsgegenstand gerichtet. — 6) Dieser Grundsatz ist auch unanwendbar bei generischen Obligationen, es sei denn das Genus ein beschränktes (Unger S. 406 Note 8).

D. Theilbarkeit.

§. 91.

Die aller Materie zukommende Fähigkeit, in Stücke zerlegt werden zu können, ist ohne juristisches Interesse. Theilbar im juristischen Sinne nennt man eine Sache, deren Theilung von den Interessenten zu dem Zwecke verlangt werden kann, damit jeder Theil einem Anderen gehöre. Untheilbar sind 1) jene Sachen, die ohne Zerstörung ihres Wesens eine Theilung nicht zulassen (lebendes Thier); 2) die ohne beträchtliche Verminderung ihres Werthes nicht getheilt werden können (Diamant, Ring)[1]; in beiden Fällen könnte nicht jedem Theilhaber ein seinem intellectuellen entsprechender physischer Antheil zugewiesen werden[2]; 3) deren Theilung verboten ist, wie vordem bäuerliche Grundstücke, auch Häuser, Gemeindewaldungen.[3])

Die Theilbarkeit ist wichtig in Gemeinschaftsverhältnissen, weil davon die Frage abhängt, ob Realtheilung oder sogenannte Civiltheilung (Theilung des Erlöses) vorgenommen werden soll (§. 843.)

(Immobilien sind regelmäßig theilbar, Mobilien meist untheilbar.[4])

Die Theilung geschieht entweder durch Herstellung getrennter Stücke (Brot, Holz), oder durch Scheidung der äußerlich zusammenhängenden Stücke durch eine mathematische Linie, wo denn, trotzdem die Linie die Rechte abgrenzt, noch immer eine scheinbare Gemeinschaft Aller an dem Ganzen fortbesteht (communio pro diviso[5]), in Wahrheit nur eine Nachbarschaft). Letzteres nur bei Immobilien möglich[6]), bei diesen aber auch eine völlige Trennung der Theile wegen ihrer Unverrückbarkeit unmöglich; so denn auch bei Häusern (sofern Theilung überhaupt erlaubt), Scheidewänden (§§. 854 f.)[7]), Grenzbäumen (§. 421 f.)[8]) und Grenzsteinen (§. 844).[9]) Solche Theilung ist übrigens nur möglich in verticaler, nicht auch in horizontaler Linie[10]), also so nicht, daß das Stück des Einen von dem des Andern getragen werden müßte, weil da von einer ausschließenden Herrschaft an dem einzelnen Stücke nicht die Rede sein könnte (§. 417 b. G. B.). Auf dergleichen

Digitized by Google

abzielende Beredungen können nur ein Bodenrecht bewirken (§§. 1125, 1147).[11])

Wird eine Sache getheilt, deren Theilung verboten ist, so ist die Theilung nichtig; die Administrativbehörde hat dies auszusprechen, und die Reintegrirung hat im gerichtlichen Wege zu erfolgen.[12])

Man spricht von intellectueller Theilung einer Sache, wenn sie Mehreren gemeinschaftlich (nach Quoten, ideell gedachten Theilen) gehört (communio pro indiviso).[13]) Die Sache ist hier nicht getheilt, sondern nur das Recht[14]), und es ist Verwechslung von Recht und Rechtsobject, daß man dennoch von einer Theilung spricht und sie auf die Sache bezieht.[15]) Diese communio ist vielmehr der Gegensatz wirklicher Theilung[16]); sie gibt erst einen Anspruch, die letztere zu verlangen.

Intellectuell theilbar sind alle Sachen, rücksichtlich deren solche Theilung nicht insbesondere untersagt ist (Bauerngüter[17]), oft Lehen und Familienfideicommisse.[18]) Die intellectuelle Theilbarkeit der Rechte[19]) ist im besonderen Theil zu untersuchen.

1) Arndts §. 53, Unger S. 411. — 2) Unger S. 410. — 3) Forstgesetz v. 3. December 1852 §. 21. — 4) Unger S. 412. — 5) Puchta §. 37 Note h, Unger S. 413 f. — 6) Arndts §. 53, Unger S. 414. — 7) Unger S. 414 hält diesen Fall für den einzigen im österreichischen Rechte; allein s. §. 856 i. f.: „getheilt". — 8) S. unten die Lehre v. Accessionen und vorläufig Bangerow I. S. 721. — 9) L. 19 pr. D. 10. 3. — 10) Verwaltungszeitschr. 1869 Nr. 52 (Mittheilung aus Bd. XII des württemb. Arch.). — 11) Unger S. 415, Savigny Besitz S. 301 f., 331 ff. Besitz ist an einem Gegenstand nicht möglich, den man nicht in seine vollständige Gewalt gebracht hat; das gilt namentlich von integrirenden Theilen einer Sache. Besitzerwerb gehört aber nach österreichischem Rechte nicht nur regelmäßig zur Erwerbung von Eigenthum, sondern auch anderer dinglicher Rechte. — 12) So insbesondere bei untheilbaren Grundstücken: Min. Entsch. in der Verw. Ztschr. 1868 Nr. 6, weil über Besitzesfragen nur das Gericht zu entscheiden habe. Dagegen aber Min. V. v. 15. April 1854 Z. 2879 und 9. October 1857 Z. 26782; s. Sauersick in der Verw. Ztschr. 1868 Nr. 14, 15, wonach die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung auch auszuführen hat. — 13) Puchta §. 37 und Note h., Arndts §. 53, Unger S. 415 f. — 14) Arndts a. a. O. Unger S. 416 Note 27. — 15) Unger a. a. O. — 16) Unger S. 416. — 17) Nur das Miteigenthum zwischen Mann und Frau ist gestattet. — 18) Unger S. 417 f. — 19) Arndts §. 53 A. 6. Keller S. 85 f.

E. Schätzbarkeit.

§. 92.

Werth, Gebrauchs- und Tauschwerth, in sehr verschiedenem Verhältniß zu einander stehend. Jede Sache muß, um Rechtsobject zu sein, wenigstens Gebrauchswerth haben; hat sie auch Tauschwerth, so ist der Rechtsschutz ein ausgiebigerer. Auch Handlungen ohne Tauschwerth können Gegenstand von

Digitized by Google

Forderungen sein. Schätzbare und unschätzbare Rechtsobjecte. Schätzung in Geld. Rechtsbegriff des Vermögens. Ermittelung des Geldwerthes nach objectivem und subjectivem Maßstab — danach ordentlicher (gemeiner) oder Marktpreis, Sachwerth einerseits und außerordentlicher Preis, Interesse andererseits; dabei wieder entweder außerordentlicher Werth der besonderen Verhältnisse oder der besonderen Vorliebe. Regel: Schätzung nach dem gemeinen Werth (§. 306).

IV. Zusammengehörigkeit der Rechtsobjecte.

A. Ganzes und Theile.

§. 93.

Einfache und zusammengesetzte Sachen.[1]) Auch die zusammengesetzte Sache ist juristisch nur Eine, nicht eine Mehrheit einzelner Sachen mit abgesondertem Besitz und Eigenthum; sie bleibt daher die alte, auch wenn alle ihre Theile gewechselt haben sollten[2]), was für die Fortdauer von Fruchtgenuß, Pfandrecht und Vermächtniß wichtig ist[3]); die juristischen Schicksale des Ganzen treffen auch die Theile. Sind aber letztere nur willkürlich als Theile gedacht[4]), oder haben sie ihre physische Einzelexistenz nicht gänzlich verloren, so daß sie ohne erhebliche Beschädigung wieder getrennt werden können[5]), so ist an Theilen abgesonderter Besitz und Eigenthum denkbar[6]), sie können dem juristischen Schicksal der Hauptsache entzogen sein (§. 414, 415 b. G. B.).

Daher auch unmöglich selbständiger Besitz, abgesondertes Eigenthum oder Pfandrecht an Gebäuden (abgesondert nämlich von der Area), an einzelnen Stockwerken, wurzelnden Pflanzen und Bäumen, stehenden und hängenden Früchten.[7]) Anders, so lange der in fremden Boden gesetzte Baum oder Pflanze noch nicht Wurzel geschlagen hat (§. 420).

1) Keller §. 45, Unger S. 420, Puchta §. 37. — 2) L. 76 D. de jud. 5. 1. Unger S. 425, 426. — 3) §. 525, 467, 724 b. G. B. — 4) Grundstücke. — 5) Rad und Wagen. — 6) Abgesonderter Besitz jedoch nur bei loser Verbindung, wie z. B. des Ladestockes mit der Flinte, des Schlüssels mit dem Schloß, des Ruders mit dem Kahn; ist die Verbindung inniger, wie z. B. die des Ziegels mit dem Dach, des Ringes mit dem Edelstein, dann ist wohl abgesondertes Eigenthum, nicht abgesonderter Besitz denkbar. Vgl. Unger S. 420—23, Savigny Besitz S. 297—312, Puchta Rechtslex. II. S. 50—54. — 7) Unger S. 422, 423 und Note 16, 17. Irrig Stubenrauch's (I. S. 813) Behauptung, daß das Eigenthum stehender Bäume durch Anschlagen mit dem Waldhammer übertragen werden könne. Die Verpfändung stehender Früchte (§. 457 b. G. B.) ist eine Verpfändung künftiger Sachen. Abtrennung einer Pflanze vom Boden ist ohne deren Zerstörung nur durch Uebersetzung in anderen Boden möglich; dadurch aber wird die Pflanze selbst wesentlich geändert. L. 26 §. 2. D. de a. r. d. 41. 1.

Digitized by Google

B. Haupt- und Nebensachen.

§. 94.

1. Begriffsentwickelung und Hauptfälle der Accessionen und Pertinenzen.

Hauptsache und Nebensache. Accession und Pertinenz (Zuwachs und Zubehör). Schwanken der Terminologie. Accessorische Rechte als „Nebensachen"? Enger Standpunkt des b. G. B. Begriff und Hauptfälle der Accessionen. Begriff der Pertinenzen. Merkmale dieses Begriffs im Einzelnen: Immerwährende Bestimmung zu Zwecken einer bestimmten Sache, (gewillkürte Pertinenzen?), Widmung durch den Eigenthümer (durch den Besitzer?), Herstellung der Verbindung zwischen Haupt- und Hilfssache, insbesondere Anfestung. Einzelne Fälle. Der Luftraum und die Unterfläche? Unbewegliche und bewegliche Pertinenzen. Fabriksgeräthschaften?

§. 95.

2. Rechtliche Bedeutung von Accessions- und Pertinenzqualität.

Pertinenz wie Accession theilen die rechtlichen Schicksale der Hauptsache, doch in verschiedenem Maße, da nur die Accession, nicht auch die Pertinenz ihre Selbständigkeit völlig verliert. Anwendungen: 1) Die Accession einer unbeweglichen Hauptsache ist ebenfalls unbeweglich, nicht nothwendig die Pertinenz, welche jedoch an der Uebertragungs- und Belastungsart der Hauptsache Theil nimmt. 2) Der Besitzer der Hauptsache ist regelmäßig auch Besitzer der Nebensache. 3) Der Eigenthümer der Hauptsache ist regelmäßig auch Eigenthümer der Accession, immer Eigenthümer der (wahren) Pertinenz. 4) Die Vindication der Hauptsache ergreift regelmäßig auch die Accession, nicht die vom Besitzer beigestellten Pertinenzen. 5) Veräußerung und Legat der Hauptsache ergreift auch die Nebensachen. Begründet aber das Veräußerungsgeschäft nur eine Traditionspflicht, so ergreift es nicht die später hinzugekommene Pertinenz, wohl aber die (nicht unter den Begriff der Frucht fallende) Accession. Ausnahmen. 6) Ebenso bei Ueberlassung eines Gebrauchsrechtes der Hauptsache und 7) bei deren Verpfändung. Doch ergreift diese auch die später hinzukommenden Pertinenzen der verpfändeten unbeweglichen Hauptsache, so lange sie dieses sind.

Eigenthum an Grenzbäumen bestimmt sich nach dem Stamm. Ueberhangsrecht. Communio pro diviso oder indiviso?

§. 96.

3. Erlöschung der Accessions- und Pertinenzqualität.

Sie erfolgt durch jede Trennung der Accession, doch kann das Abgetrennte Pertinenz werden. Ebenso bei der Pertinenz durch absichtliche und dauernde Aufhebung des Verhältnisses zur Hauptsache. Einwilligung des

Digitized by Google

Pfandgläubigers, der ein Pfandrecht an der Hauptsache hat, ist erforderlich, wenn in der Trennung eine Deterioration der Hauptsache liegt, und nach dem Gesetze v. 6. Februar 1869.

C. Früchte.

§. 97.

Frucht im natürlichen und im juristischen Sinne. Windbruch. Fructus mere naturales und industriales, pendentes, separati, percepti, percipiendi. Civilfrüchte. „Nutzungen." Punkte, an denen die Lehre von den Früchten von juristischer Wichtigkeit wird. Gleichstellung der Civilfrüchte mit den natürlichen. Uebertreibung derselben in Praxis und Doctrin.

D. Sachgesammtheiten.

§. 98.

Begriff. Die Gesammtheit als solche soll, wie man lehrt, das Object gewisser Rechtsverhältnisse sein. Universitas juris und facti. Standpunkt des b. G. B. In Wahrheit sind immer nur die einzelnen, das Collectiv bildenden Stücke die Objecte der betreffenden Rechtsverhältnisse. Nachweis am Vermächtniß, der Veräußerung, Tradition, Verpfändung, Nießbrauch einer Gesammtsache.

Fünftes Hauptstück: Von den juristischen Thatsachen.

Einleitung.

§. 99.

Juristische Thatsachen sind jene, wodurch Rechtsverhältnisse und damit regelmäßig auch subjective Rechte begründet, verändert oder aufgehoben werden.[1]) Sie repräsentiren das Leben der Rechtsverhältnisse; bei manchen derselben sind sie der einzige Gegenstand der Forschung.[2]) — Positive, negative Thatsachen, freie Handlungen, zufällige Umstände. Meist nur für die Zukunft wirkend; zuweilen schreibt das Recht aber vor, es solle so gehalten werden, als sei die jetzt eingetretene Rechtswirkung schon früher eingetreten: rückwirkende Kraft, Zurückziehung.[3]) Von allgemeiner Natur sind: 1) Juristische Handlungen, 2) Thatsachen, welche als wesentliches Element den Ablauf irgend eines Zeitraumes in sich schließen[4]), 3) die unmittelbare Einwirkung der Staatsgewalt, die sich durch eine lex specialis (Privilegium) äußert.[5])

1) Savigny Syst. III. S. 3 f., Keller §. 40, Arndts §. 57. Thatsachen, die Rechte conserviren wollen (Protestationen) und Anerkennungsgeschäfte? Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 32. Dagegen Savigny S. 2; vgl. auch §. 290 b. G. B. — 2) L. 41. D. de leg. 1. 3. Savigny S. 2. —

Digitized by Google

3) Windscheid §. 67. Beispiele in L. 193. D. de R. J. L. 44 §. 1. D. de leg. I. L. 7. pr. C. ad SC. Mac. 4. 28. L. 25. C. de don. 5. 16. b. G. B. §. 686. Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 528, 534, 542 will an die Stelle der Rückwirkung anticipativ eintretende passive Wirkungen der Rechte setzen. — 4) Savigny S. 7. — 5) Gerber §. 64.

Erste Abtheilung: Juristische Handlungen.

§. 100.

Allgemeines.

Juristische Handlungen sind jene Willensäußerungen, welche rechtliche Wirkungen erzeugen.[1]) Hervorzuheben 1) Rechtsgeschäfte d. i. juristische Handlungen, deren rechtliche Wirkung vom Handelnden beabsichtigt wird[2]), 2) widerrechtliche Handlungen, d. i. rechtswidrige, culpose oder dolose Beschädigungen fremden Vermögens[3]). Letztere erzeugen entweder eine selbständige oder eine nur accessorische Ersatzverbindlichkeit, je nachdem sie schon an sich widerrechtlich sind (Delicte), oder nur in Beziehung auf das dadurch verletzte und somit modificirte Verpflichtungsverhältniß[4]) als widerrechtlich erscheinen (Pflichtverletzungen).

1) Puchta §. 49, Arndts §. 58, Unger II. S. 23. — 2) Savigny S. 5, 6 hebt richtig hervor, daß es auch Wirkungen von Rechtsgeschäften gebe, die der Handelnde nicht beabsichtige; eine oder einige derselben werden aber immer beabsichtigt. Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 32 definirt Rechtsgeschäfte als „Handlungen, die ihrer juristischen Folgen wegen von den Betheiligten vorgenommen werden". Vgl. noch Puchta §. 49, Arndts §. 58, 63, Unger S. 24, Gerber §. 64. — 3) Vgl. die eben Cit. Das Nähere gehört in das Obligationenrecht. — 4) Dasselbe kann nicht nur von persönlicher, sondern auch von dinglicher Natur sein, vgl. z. B. b. G. B. §. 366, 379, 912, 913.

I. Von den Rechtsgeschäften insbesondere.

Erster Abschnitt: Hauptarten der Rechtsgeschäfte.

§. 101.

Die Rechtsgeschäfte werden eingetheilt:[1])

1) In ein- und zweiseitige (neg. unilateralia und bilateralia).[2]) Zum Zustandekommen der ersteren ist die Willensäußerung Einer Person genügend; dahin gehören letztwillige Erklärungen, Erbserklärung, Erbsentschlagung, Occupation, Dereliction, meist auch Geschäftsführung ohne Auftrag u. a.[3]) Das zweiseitige Geschäft (der Vertrag)[4]) kann nur durch Uebereinstimmung mehrerer Personen zu Stande kommen.

2) In entgeltliche (onerosa) und unentgeltliche (lucrativa), je nachdem ihnen die Absicht der Vergeltung für die Gewährung eines Vortheils von

Digitized by Google

der anderen Seite zu Grunde liegt oder nicht (§. 921).[5]) Theils entgeltliche, theils unentgeltliche (gemischte) Geschäfte (§§. 938, 942).

3) In Geschäfte unter Lebenden (inter vivos) und auf den Todesfall (mortis causa), je nachdem damit über das Vermögen des Lebenden oder über den Nachlaß verfügt wird.[6]) Zu den letzteren gehören nur Testamente, Codicille und Erbverträge. Die eigentlichen (unwiderruflichen) Schenkungen auf den Todesfall (§. 956) sind Geschäfte unter Lebenden.[7])

1) Arndts §. 63, Unger S. 41, 42. — 2) Nicht zu verwechseln mit ein- und zweiseitigen Verträgen. — 3) Anders Savigny bezüglich der Occupation und der neg. gest. Dagegen aber Unger S. 40, Note 1, 2. — 4) Unger S. 41, Arndts §. 63, Puchta §. 54. — 5) Arndts §§. 63, 234, Unger S. 42. — 6) Anders Unger S. 42; aber entscheidend ist §. 785 b. G. B. — 7) Vgl. Savigny IV. S. 18, 19 mit S. 239 f. So jetzt auch Unger Erbrecht §. 77 u. Anm. 13; anders noch im Syst. II. S. 199 Note 40.

Zweiter Abschnitt: Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.

1. Titel: Bei Errichtung in eigener Person.

§. 102.

Uebersicht.

Die wesentlichen Erfordernisse aller Rechtsgeschäfte sind:

1) Fähigkeit der Person,

2) der Wille,

3) die gehörige Willensäußerung und

4) Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhaltes.[1]) Die Erfordernisse sub 2 und 3 bilden das Wesen oder die Bestandtheile des Rechtsgeschäftes, 1 und 4 nur dessen Voraussetzungen; nur die ersteren sind die Factoren des Rechtsverhältnisses, die letzteren bezeichnen nur die Bedingungen, unter denen allein die Factoren wirken. Daher kommt es, daß der, welcher ein Recht auf ein Rechtsgeschäft stützt, die Erfordernisse 1 und 4 nicht zu beweisen hat.[2])

1) Arndts §§. 60, 64, Puchta §. 49, Unger II. S. 43, die übrigens sämmtlich ein oder das andere Erforderniß aufzuzählen unterlassen. — 2) Aehnlich fallen auch die Erfordernisse der Ersitzung in verschiedene logische Kategorien: die Zeitdauer ist das eigentlich wirksame Agens; der rechtmäßige Besitz ist nur der factische Zustand, der durch die Zeitdauer in einen rechtlichen umgewandelt wird. Doch sind die Ansichten hierüber verschieden. Vgl. Windscheid §. 175, Note 1.

Digitized by Google

I. Fähigkeit der Person.

§. 103.

Diese Fähigkeit ist eine doppelte: die zum Geschäft erforderliche Handlungs- und Rechtsfähigkeit (§§. 865—868, 566—576). Der Mangel der ersteren, nicht auch der der letzteren, kann durch Intervention einer gesetzlichen Vertretung ersetzt werden. Die Fähigkeit muß vorhanden sein zur Zeit der Vornahme des Geschäfts (§. 576 b. G. B. Entsch. G. H. 1868 Nr. 57 [= Sammlung VI. Nr. 3217.]). Die Unfähigkeit muß bewiesen werden von dem, der sie behauptet (§§. 17, 356).

II. Der Wille.

§. 104.

Uebersicht.

Der Wille muß nicht nur vorhanden, er muß auch frei, d. h. unbeeinflußt durch Zwang oder Betrug sein. Das Dasein des Willens kann ganz fehlen (Scherz, Simulation, wesentlicher Irrthum, Mißverständniß), oder der Wille kann nur beschränkt[1]) vorhanden sein (Bedingung, Befristung, Auflage).

1) Savigny III. S. 99 sieht in der Bedingung u. s. w. nicht eine Beschränkung des Daseins, sondern nur des Umfangs des Willens. Dagegen Unger II. S. 57.

A. Dasein des Willens.

1. Gänzlicher Abgang desselben.

§. 105.

a. Im Allgemeinen.

Fälle der Willenserklärung ohne entsprechenden Willen: Scherzhafte Aeußerungen, Erklärungen des Beispiels halber, bei dramatischen Darstellungen, gewisse Fälle erzwungener Willenserklärungen, Worte gebraucht als Ausdruck unentschiedenen Zustandes, Simulation (Scheingeschäfte, simulirtes und dissimulirtes Geschäft; besonderer Fall: Gebührengesetz §. 86). Im Allgemeinen überall Nichtigkeit, und im Falle des §. 869 a. E. Ersatzpflicht.

Fiction des in Wahrheit fehlenden Willens: §§. 876, 915. Mentalreservation. Ausschließung der Einwendung des Scheingeschäfts gegenüber Dritten. Tragweite allgemein lautender Willenserklärungen.

§. 106.

b. Wesentlicher Irrthum.

Irrthum und Unwissenheit. Rechts- und Thatirrthum. Entschuldbarer und unentschuldbarer Irrthum. Wesentlicher und unwesentlicher, Motivirrthum. Wesentlicher Irrthum beim Verfehlen des Objects oder

Digitized by Google

Subjects des werdenden Rechtsverhältnisses oder beider zugleich durch den Erklärenden. Irrthum über eine Eigenschaft der Person oder Sache. Die Eigenschaft ist wesentlich, wenn sie das Hauptmotiv des Geschäftes ist und dies erkennbar hervortritt. Wirkung des wesentlichen Irrthums: Bei letztwilligen Anordnungen und Eheverträgen; bei den übrigen Verträgen darf jeder Contrahent, dem ein Irrthum des Gegentheils nicht bekannt ist, dessen Erklärung für wahr halten. Falsche Angaben. Relative Nichtigkeit. Die einzelnen im G. B. entschiedenen Fälle. Irrungen des Mittheilungsorgans. Falsa demonstratio.

§. 107.

c. Mißverständniß. (Dissensus.)

Sein Wesen ist Mangel der Willenseinigung der Contrahenten bei vorhandener Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Der Vertrag entsteht nicht bei einem Mißverständniß über wesentliche Punkte, nicht wegen des Irrthums, sondern Mangels des Consenses. Gewöhnliche Veranlassung sind undeutliche Ausdrücke; würden sie dolos gebraucht, tritt auch Genugthuungspflicht ein. Hebung der Undeutlichkeit oft durch Interpretation möglich. Besondere Regel für entgeltliche Verträge (§. 915), wo dann der Vertrag trotz mangelnden Consenses giltig sein kann. Fälle, wo das Mißverständniß sonst unschädlich ist.

2. Beschränkungen des Daseins des Willens.

a. Die Bedingung.[1])

§. 108.

α. Begriff und Arten.

Bedingung ist das Abhängigmachen des zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willens (also auch des Rechtsgeschäftes selbst) von der Wirklichkeit eines subjectiv ungewissen Umstandes.[2]) Auch der letztere wird Bedingung genannt. So auch der (etwas zu weit gefaßte) §. 696.

Eigentliche und uneigentliche Bedingungen. Bejahende und verneinende (§. 696); potestative, zufällige, gemischte (§. 699); Suspensiv- und Resolutivbedingungen (§. 696).[3])

Ausdrücklich und stillschweigend[4]) gesetzte Bedingungen. Ob letztere anzunehmen sei, ist Interpretationsfrage. Erwähnung des Beweggrundes oder Endzweckes in einem Vertrag[5]) ist nicht als stillschweigende Bedingung aufzufassen, sondern bei entgeltlichen Verträgen unwirksam, kann aber bei unentgeltlichen die Wirkung eines Motivirrthums oder einer Auflage haben (§. 901).[6]) Bei zweiseitigen Geschäften kann auch nur die Willenserklärung des einen Theils eine bedingte sein, während die des anderen unbedingt ist; so z. B. beim Ausspielgeschäft oder bei vorbehaltenem Rücktrittsrecht; letzteres kann entweder ganz frei oder nur unter einer Bedingung vorbehalten sein;

Digitized by Google

auch da aber kann nur der Rücktrittsberechtigte sich auf das Eingetretensein der Bedingung berufen.

1) Savigny Syst. III. S. 120—204, Heimbach im Rechtslex. I. S. 761—791, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851, bes. Fitting im Civ. Arch. XXXIX. Nr. 13, Unger II. S. 56—87; vgl. Arndts §. 66 f. — 2) Unger II. S. 56. Die Bedingung ist also eine Selbstbeschränkung des Daseins (nicht nur des Umfangs: Savigny S. 99. 120) des Willens. So auch das Rubrum des 12. Hauptst. II. Thls. des b. G. B. Sie ist nicht, wie die herrschende Lehre annimmt, Nebenbestimmung, welche Auffassung namentlich rücksichtlich der Beweislast zu Irrthümern führt. Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 544 faßt wenigstens die Resolutivbedingung als Nebenvertrag auf. — 3) Ob im concreten Falle eine suspensive oder resolutive Bedingung anzunehmen sei, ist theils aus den gebrauchten Worten, theils danach zu beurtheilen, ob provisorisch zur Vollziehung des Geschäftes geschritten wurde oder nicht. Wurde es vollzogen, dann kann nur von einer Auflösung desselben die Rede sein; vgl. §. 1084 b. G. B. — 4) So sind Ehepacten unter Brautleuten immer an die stillschweigende Bedingung der Eheschließung geknüpft. — 5) z. B. der vermeintliche Erbe kauft Baumaterial zur Reparatur eines Nachlaßhauses, Jemand kauft Baumaterial „zum Betrieb einer Fabrik" und läßt dann die Fabrik auf. — 6) Savigny III. S. 227. Trotz §. 901 kann doch auch eine unentwickelte Bedingung (Voraussetzung) zuweilen eine rechtliche Wirkung haben: §. 1200 b. G. B. —

§. 109.

β. Erfüllung der Bedingung.

Erfüllte, vereitelte, schwebende Bedingung. Erfüllt ist sie nur dann, wenn sie sich genau so verwirklicht hat, als es die Disposition verlangte. Nach österreichischem[1]) Rechte keine Fiction der Erfüllung (sondern Vereitelung)[2]), wenn der bedingt Berechtigte zur Erfüllung bereit war, daran aber durch die verweigerte Mitwirkung desjenigen, aus Rücksicht für welchen die Bedingung beigefügt wurde oder durch andere äußere Umstände verhindert wurde (699, 897). Erfüllung verneinender Bedingungen durch Unmöglichkeit ferneren Eintretens des perhorrescirten Ereignisses. Bei letztwilligen Zuwendungen unter solchen suspensiven Bedingungen würde das Festhalten hieran oft dahin führen, daß die Bedingung als eine vereitelte angesehen werden müßte (arg. §. 703); daher Abhilfe nach römischen Recht durch die cautio Muciana[3]), nach österreichischen Recht durch Verwandlung der verneinenden Suspensivbedingung in die entgegengesetzte resolutive (§. 708) und entsprechende Sicherstellung (Pat. v. 9. August 1854 §. 158).[4]) Wiederholung der zur Zeit des Vertrages (bezw. des Todes) bereits erfüllten Bedingung (§§. 899, 701). Kein Klagrecht auf Erfüllung der Bedingung.[5])

1) Anders nach röm. R. Bangerow II. S. 143—148, Savigny S. 138—148. Vgl. A. L. R. I. 12. §§. 505, 506, welches die Erfüllung der letztwillig auferlegten Bedingung erläßt, wenn sie in der Folge unmöglich

Digitized by Google

und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden ist. Dagegen b. G. B. §. 698. — Unger S. 67 nimmt mit Berufung auf Zeiller auch für das österr. R. die Fiction der Erfüllung dann an, wenn derjenige die Erfüllung hindert, der aus der Nichterfüllung Vortheil zieht. Dies dürfte wohl nur dann richtig sein, wenn die Intention der Parteien ergibt, daß sie die Erfüllung der Bedingung wünschen, die Bedingung also eine Art Auftrag ist. — 2) Entsch. G. Z. 1867 Nr. 61 [= Sammlung V. Nr. 2666.]. — 3) Vgl. bes. Wangerow II. S. 149 bis 158. — 4) Unger S. 68. — 5) Unger S. 69. Hiedurch unterscheidet sich die Bedingung von der Auflage (modus).

§. 110.

γ) Wirkung der Bedingung.

I. Pendente conditione Schwebezustand, daher keine Geltendmachung des bedingten Rechtes, selbst condictio indebiti bei irriger Erfüllung; doch Sicherstellung nicht unzulässig, und Zustand der Gebundenheit des bedingt Belasteten, auch Uebergang des bedingten (wenn nur nicht letztwillig bedingten) Rechtes auf die Erben.

II. Existente cond. ist die Ungewißheit beseitigt, das Geschäft ist als unbedingt bezw. gar nicht geschlossen anzusehen und zwar mit rückwirkender Kraft. Der Erfolg des bedingenden Umstandes ist nur ein Entscheidungsmittel über die Existenz des Geschäftes. Letzteres ist also nach den Gesetzen zur Zeit seiner Abschließung zu beurtheilen, bedingte Rechte gehen auf die Erben über, Veräußerungen oder Belastungen des bedingten Rechtes durch den Erwerber kommen zu definitiver Kraft, jene, die der Veräußerer vornahm, erlöschen; die Früchte gebühren dem bedingten Erwerber vom Tage des Geschäftes und ebenso trifft ihn die Gefahr; rücksichtlich der Verbesserungen und Verschlimmerungen steht der Verpflichtete einem Besitzer einer fremden Sache gleich.

Ebenso bei Resolutivbedingungen, nur mit umgekehrten Parteirollen.

Scheinbare Ausnahmen von dem Grundsatze der Rückwirkung.

III. Deficiente cond. erscheint das Geschäft bei Suspensivbedingungen als gar nicht eingegangen, bei Resolutivbedingungen als unbedingt geschlossen vom Tage des Abschlusses an.

§. 111.

δ. Von den nothwendigen, unmöglichen und unerlaubten Bedingungen.

Nothwendige Bedingungen sind solche, deren Erfüllung schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist. Bejahend oder verneinend; die letzteren früher oft negativ unmöglich genannt.[1]) Nothwendige Suspensivbedingungen lassen das Geschäft als schlechthin giltig, Resolutivbedingungen als unbedingt nichtig erscheinen.[2])

Unmögliche Bedingungen sind jene, welche nach Natur oder Rechtsgesetzen[3]) nie in Erfüllung gehen können und von denen dies schon zur Zeit des Rechtsgeschäftes gewiß ist.[4]) Ist die Erfüllung erst später unmöglich

Digitized by Google

geworden, so ist die Bedingung vielmehr vereitelt.[5]) Unmöglichkeiten, die von veränderlicher Natur sind.[6])

Die suspensive unmögliche Bedingung läßt das Geschäft nichtig, die resolutive unbedingt erscheinen. So sowohl bei letztwilligen Anordnungen (§. 698)[7]), als bei Verträgen.[8])

Unmöglich sind auch die unverständlichen (perplexen) Bedingungen. Doch werden sie bei letztwilligen Anordnungen für nicht geschrieben erachtet (§. 697, ratio im §. 655), den Vertrag machen sie ungiltig (§. 898).[9])

Den unmöglichen Bedingungen stehen regelmäßig gleich die unerlaubten[10]), d. h. jene, durch welche das Zuwiderhandeln gegen das Rechts- oder Sittengesetz befördert würde.[11]) Früher oft moralisch unmögliche[12]) genannt. Bei letztwilligen Anordnungen werden sie wirklich den unmöglichen gleich behandelt (§. 698)[13]), den Vertrag dagegen macht eine unerlaubte Resolutivbedingung ungiltig (§. 898)[14]), während sie bei letztwilligen Anordnungen pro non adjecta ist (§. 698). Bei Verträgen ist es eben gerecht, daß, wer sich in unerlaubter Absicht ein Versprechen machen läßt, des Vortheiles nicht theilhaftig werde, während der letztwillig Bedachte an der unerlaubten Absicht keinen Theil hat; zudem will die letztwillige Anordnung unentgeltlich etwas vergeben; der Vertrag aber würde, wenn man die fragliche Bedingung striche, gegen den Willen des Contrahenten zu einer Schenkung uminterpretirt.[15])

Diese Gründe passen aber nicht auf unmögliche Bedingungen. §. 898 ist darum auf die unerlaubten und unverständlichen Bedingungen einzuschränken.[16])

Unerlaubte Bedingungen sehr verschiedener Art: 1) §. 700. Ausnahmen dreierlei[17]) Art ebenda; fernere Ausnahme, wenn die Absicht nicht auf Erschwerung des Heirathens, sondern nur auf Versorgung während des ledigen Standes gerichtet ist. Hfd. v. 23. Mai 1844, J. G. S. Nr. 807. 2) §. 720. 3) §. 774. 4) §. 803. 5) Bedingung der Religionsänderung sehr streitig. Es kommt wohl Alles auf die Umstände des concreten Falles an.[18])

Geschäfte, die ihrer Natur nach keine Bedingung vertragen, sind: die meisten familienrechtlichen Verträge (Legitimation §. 162, Entlassung aus der väterlichen Gewalt §. 174, Adoption §. 181, Ehevertrag §. 44), ferner die Erbserklärung §. 799, die Hinterlassung des Pflichttheils §. 774 u. a.[19]) Die Erbeinsetzung aber kann suspensiv, wie resolutiv bedingt sein.

1) So noch Ellinger ad §. 698. — 2) Unger S. 79, 80, Savigny S. 160. — 3) Das b. G. B. hat mit Recht die unerlaubten Bedingungen nirgends als eine Art der unmöglichen bezeichnet. — 4) Savigny S. 166, Bangerow I. S. 153 f., II. S. 127 f., Unger S. 80—82. — 5) Unrichtig §. 698 b. G. B., wo eine Frage vom Gesichtspunkt unmöglicher Bedingungen gelöst wird, die nach §. 699 gelöst werden sollte. Vgl. Unger S. 80, 81. — 6) Savigny S. 167, Unger S. 81. — 7) Nach römischem Recht sind hier die unmöglichen Bedingungen immer als nicht beigesetzt anzusehen. Arndts §. 72. — 8) Der scheinbar widersprechende §. 898 bezieht sich auf diesen Fall nicht; s. unten. — 9) Nach römischem Rechte wirken sie

Digitized by Google

im letzteren Sinne auch bei letztwilligen Anordnungen. Bangerow II. S. 135. — 10) Savigny S. 171 f.: unsittlichen. — 11) Savigny S. 172, Nippel Mater. I. S. 123 f., Unger S. 83. Die Erfüllung der unerlaubten Bedingung selbst braucht nicht nothwendig dem Rechts- oder Sittengesetz zu widersprechen, es kann auch eine an sich erlaubte Handlung dadurch einen verwerflichen Charakter annehmen, daß sie unter gewissen Umständen zur Bedingung eines Rechtsgeschäftes gemacht wird. Unger S. 85. — 12) Vgl. Savigny S. 170, Unger S. 83 Note 95. — 13) Daher auch §. 712 b. G. B. — 14) Es wird z. B. der Vertrag nichtig sein, durch welchen einer Concubine Sustentation nur so lange zugesichert wird, als sie im Concubinat lebt. Vgl. §. 1174. — 15) Savigny S. 197 f., Bangerow II. S. 127. — 16) Zeiller III. S. 84, Nr. 10, Unger S. 83 Note 94. Warum sollt eine Schenkung ungiltig sein, die Jemand unter der Resolutivbedingung mach, daß sein (ohne sein Wissen längst verstorbener) Sohn aus dem Kriege zurückkehre. Vgl. Nippel Mat. I. S. 126 f., der den §. 898 zwar wörtlich versteht, aber Abänderung desselben für erforderlich erachtet. Ganz anders Pfaff in Grünhut's Ztschr. I. S. 226, 227. — 17) Beschränkung auf die Zeit der Minderjährigkeit; Verwehrung der Ehe einer verwitweten, nicht kinderlosen Person, wo aber die Bedingung zu entfallen hätte, wenn die Person vor Abschluß der zweiten Ehe kinderlos würde (Entsch. G. Z. 1864 Nr. 67 = Jud. B. Nr. 52) [Sammlung IV. Nr. 1618. vgl. I. Nr. 327.]; Verhinderung der Verehelichung nur mit einer bestimmten Person. Danach wäre die Bedingung, keine Unadelige zu heirathen, unerlaubt; erlaubt aber die Bedingung, keine gemischte Ehe einzugehen. — 18) Unger S. 86, 87. Vgl. Arndts im Rechtslex. III. S. 936 Note 172, Walter D. Pr. R. §. 77, 9. — 19) Die solchen Geschäften beigefügte Bedingung gilt entweder als nicht beigesetzt (z. B. §. 774), oder sie macht die ganze Verfügung ungiltig (arg. §. 698, 898).

b) Befristung.[1])

§. 112.

α. Rechtliche Natur.

Befristung ist die (absichtliche) Beschränkung des zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willens in Bezug auf seine Dauer.[2]) Anfangstermin. Endtermin (§. 695, 707, 708, 904). Bei dem bedingten Geschäft ist der Wille und somit das Rechtsverhältniß selbst noch überhaupt ungewiß, hier ist die Existenz des Willens sicher, nur seine und des Rechtsverhältnisses Dauer[3]) ist gegen sonst eine beschränkte.[4])

Bestimmung der Befristung nach dem Kalender oder durch Beziehung auf ein künftiges gewisses oder ungewisses Ereigniß. 1) Dies certus an, certus quando (am 1. Januar 1863); 2) Dies certus an, incertus quando (nach dem Tode des A); 3) Dies incertus an, certus quando (wenn A mündig wird); 4) Dies incertus an, incertus quando (am Hochzeitstage des A)[5]). In den Fällen 1 und 2 ist die Befristung meist eine reine, in den Fällen 3 und 4 concurrirt meist mit der Befristung eine Bedingung;

Digitized by Google

ungenau lehren Viele,[6]) es sei in den letzteren Fällen überhaupt nur eine Bedingung vorhanden; vgl. §. 704. Doch sind diese Regeln nicht durchgreifend, es handelt sich vorwiegend um Interpretationsfragen. Selbst im Falle 4 kann eine reine Befristung (Endtermin) vorliegen, wenn nämlich die Parteien auf alle Fälle nur ein temporäres Verhältniß eingehen wollten.[7]) Im Falle 2 hat der Verfügende regelmäßig eine gemischte Befristung im Sinne bei Zuwendungen auf den Todesfall, welche mit Bezug auf den Todestag des Zuwendenden oder eines Dritten erfolgen, indem er das Hauptgewicht auf das (ungewisse) Ueberleben des Bedachten[8]) legt, trotzdem er die Zuwendung abstellt auf den (gewiß eintretenden) Tod eines Dritten oder auch des Zuwendenden selbst.[9]) Umgekehrt ist im Falle 3 oft eine reine Befristung gewollt, namentlich bei der Abhängigmachung der Dauer eines Rechtsverhältnisses von einer gewissen Altersstufe, die Jemand erreicht haben werde. Wo die Zuwendung von dem Alter des Bedachten selbst abhängig gemacht ist, enthält die Zeitbestimmung zwar regelmäßig eine bedingte Befristung[10]); erfolgt sie aber mit Beziehung auf ein von einem Dritten zu erreichendes Alter, dann wird angenommen, daß nicht der Erwerb des Rechtes von der Erreichung dieses Alters abhängig gemacht, sondern nur der Moment bezeichnet werden sollte, in welchem es seinen Anfang nimmt oder sein Ende erreicht.[11]) So insbesondere §. 528 b. G. B.[12])

1) Unger S. 88—99, Savigny S. 204—226, Heimbach im Rechtslex. III. S. 423—436, Arndts §. 73, 128, Puchta §. 62, 142, Keller §. 52 u. A. — 2) Unger S. 88. — 3) Es handelt sich aber bei der Befristung nicht nur um eine Beschränkung in der Dauer der Ausübung (so z. B. Savigny S. 210), oder der Geltendmachung des Rechtes (so z. B. Puchta §. 62), sondern gleichfalls um die Existenz des Rechtsverhältnisses oder Rechtes. Unger S. 91, Note 7 u. vgl. §. 707 b. G. B. („verschoben"). — 4) Unger S. 88, 89. Das gilt auch von der bedingten Befristung (§. 704), indem doch für eine gewisse Dauer an der Existenz oder Nichtexistenz des Willens nicht gezweifelt werden kann. — 5) In allen diesen Fällen liegen Befristungen vor. Unsere Schriftsteller sehen freilich oft Bedingungen, wo Befristungen vorliegen; so in der Eventualbelehnung, dem pactum reserv. dom., der Errichtung und Intabulation des Familienfideicommißbandes, der fideicommissarischen Substitution, der bedingten Erbeinsetzung und dem bedingten Legat, dem Vorbehalt des Rückfalles, wenn der Beschenkte vor dem Geschenkgeber stirbt (vgl. §§. 468, 527), dem ehegattlichen Miteigenthum an einer einzelnen Sache (§. 1236), dem Advitalitätsrecht, den meisten Ehepactenforderungen, der letztwilligen Versorgung auf die Dauer des ledigen oder Witwenstandes (Hofd. v. 2. September 1844), Berufung eines Vormundes nach §. 256 b. G. B. u. s. f. Hievon fallen nur das ehegattliche Miteigenthum und der letztgenannte Fall unter den Begriff des dies certus an, die übrigen unter den des dies incertus an, und zwar mit Ausnahme gewisser fideicommissarischer Substitutionsfälle unter den dies incertus an et quando. — 6) So Savigny S. 208, Puchta §. 62 u. A. Dagegen mit Recht Unger S. 91, 92. — 7) A verpachtet sein Grundstück für so lange, bis sein Sohn aus dem Militärdienst zurückkehrt; stirbt der Sohn früher,

Digitized by Google

so endet die Pachtung doch im Jahre seines Todes. Unger S. 96 Note 19. — 8) So bei der Erbeinsetzung, der fideicommissarischen Substitution, manchen Ehepacten, Annuallegaten (§. 687); stirbt der Bedachte vor dem bestimmten Anfangstermin (den hier die Thatsache des Ueberlebens eines Andern bildet), so kann von einer Uebertragung des Rechtes auf die Erben keine Rede sein (§. 704 mit 703). Bei reiner Befristung müßte es anders sein (§. 705). — 9) Savigny S. 212. L. 75. D. de cond. 35. 1. Dies incertus (quando, certus an) conditionem in testamento facit — wegen der höchst persönlichen Natur der Rechtsgeschäfte auf den Todesfall. Mit Unrecht leugnet die Anwendbarkeit dieser Regel im österreichischen Rechte Unger §. 94 Note 14; doch ist ihre Anwendung beschränkter als im römischen Rechte; denn so richtig es ist, daß „nach meinem Tode" eine Bedingung enthält, so enthält ebenso gewiß der Ausdruck „ein Jahr nach meinem Tode" oder die Verfügung: „A wird mein Erbe, aber erst mit dem Tode des B" eine reine Befristung (§. 705). — 10) Savigny S. 207 bes. Note f. Anders die Entsch. G. H. 1863 Nr. 67 = G. Z. 1865 Nr. 6. [Sammlung IV. Nr. 2049.] — 11) Savigny S. 209, Unger S. 94 Note 15, S. 96. — 12) Unger S. 96 Note 20.

§. 113.

β. Wirkung.

I. Der Zeitpunkt ist noch nicht gekommen.

1) Anfangstermin. Das Rechtsverhältniß und das Recht besteht noch nicht[1]) und kann daher auch nicht geltend gemacht werden. Das gilt selbst von betagten Forderungen, obwohl sie für die praktische Auffassung als gegenwärtig, nur noch nicht fällig erscheinen.[2]) Ist aber das Recht jetzt nur als ein künftiges anzusehen, so besteht doch bereits ein fester Anspruch auf seine künftige Erwerbung, die vom Verpflichteten nicht mehr vereitelt werden kann (dies cedit), die Erwerbung selbst erfolgt erst mit dem eintretenden Zeitpunkt (dies venit). Daraus folgt die Ausschließung der condictio indebiti bei vorzeitiger Zahlung (§§. 1434)[3]), die sofortige Vererblichkeit des Anspruchs (§. 705[4]), 904), ferner daß bei letztwillig zugedachten befristeten Rechten die Erbfähigkeit schon zur Todeszeit des Erblassers vorhanden sein muß (§. 545), und daß die Sicherstellung eines befristeten Rechtes, wie seine Veräußerung und Belastung gleichfalls eine befristete sein muß. All' dies jedoch anders bei dem ungewissen (mit einer Bedingung verbundenen) Anfangstermine, wo vielmehr in diesen Beziehungen die Grundsätze von der Bedingung gelten (§. 704, 703).

2) Endtermin. Das Rechtsverhältniß und mit ihm das Recht besteht vollkommen aufrecht, kann ausgeübt, verändert und belastet werden, nur daß Veräußerung und Belastung regelmäßig (§§. 468, 527) wie das Recht selbst dem Einfluß des eintretenden Endtermins unterliegen. Wo das Recht mit dem Eintritt des Endtermins nicht erlöschen, sondern an einen Andern übergehen soll, muß der Berechtigte alles vermeiden, was diesen Uebergang ganz oder theilweise vereiteln könnte.[5]) All dies gilt von der reinen, wie von der bedingten Befristung.[6])

Digitized by Google

II. Der Zeitpunkt ist gekommen.

1) Anfangstermin.[7]) Das befristet gewesene Recht (und dessen allfällige Sicherstellung) entsteht, vorausgesetzt, daß die zu dessen Begründung erforderlichen Thatsachen (Tradition, Intabulation, Erbgang u. s. w.) vorausgegangen sind[8]), sofort (ipso jure)[9]) im vollen Umfang, daher auch das Recht auf den Fruchtgenuß[10]), und die mittlerweile vom jetzt Berechtigten ausgegangenen Veräußerungen und Belastungen erlangen dauernde Geltung, während die vom bisher Berechtigten während der Befristung aufgelegten Lasten zerfallen[11]), und die Sache, wenn sie noch in dessen oder eines Dritten Händen ist, der Vindication unterliegt. Alles dies jedoch erst ex nunc, ohne Rückwirkung.

2) Endtermin. Das Recht erlischt sofort und unmittelbar (ipso jure, §. 1449[12]), daher auch die darauf gelegten Lasten (§. 468, 527), aber auch nur ex nunc. Soll das Recht an einen Anderen übergehen (z. B. §. 708), so hat dieser gegen den zeitlich berechtigt Gewesenen die sub II. 1. erwähnten Rechte, weil der Endtermin für ihn ein Anfangstermin ist. Dies Alles gilt auch für die bedingte Befristung.

III. Wird bei einer bedingten Befristung der Anfangs- oder Endtermin vereitelt, so gilt das diesfalls von der Bedingung Gesagte.[13])

Unmögliche Termine. Zuweilen kann durch Interpretation nachgeholfen werden; sonst gelten die Grundsätze von unmöglichen Bedingungen.

Rechtsgeschäfte, die keine Befristung zulassen: die meisten familienrechtlichen Verträge, Hinterlassung des Pflichttheiles, Precarium u. a.

1) Unger S. 89 f. — 2) Unger S. 90 Note 6. Was gegenwärtig ist, ist nur der die Forderung begleitende Anspruch, schon jetzt nichts zu unternehmen, was die künftige Forderung vereiteln könnte (Vorwirkung). — 3) Denn dolo facit, qui petit, quod redditurus est. — 4) Was hier vererbt wird, ist nicht das Recht, Erbe zu sein, sondern das Recht, Erbe zu werden. Unger S. 91 Note 7. — 5) Dies entfällt z. B. bei einer zeitlich beschränkten Bürgschaft, einem Wohnungsrecht u. s. w. — 6) Unger S. 95 behauptet, Vereinigung von Endtermin und Resolutivbedingung sei undenkbar, die Befristung durch einen Endtermin sei immer eine reine. Allein ein solches Geschäft ist eben für einige Zeit als geschlossen, für einige Zeit als zweifelhaft anzusehen. — 7) Ist er an einen bestimmten Tag gebunden, so ist er mit dessen Anfang als gekommen anzusehen (§. 903). — 8) Diese Voraussetzung ist freilich selbstverständlich; es kann nicht ein ex die gemachtes Schenkungsversprechen durch den Eintritt des dies ohne Tradition Eigenthumsübergang wirken u. dgl.; der eintretende dies macht nur die Obligation zu einer präsenten, das Eigenthum bewirkt nur die Tradition. Daher setzt §. 1236 Intabulation voraus. Vgl. unten die Lehre vom zeitlichen Eigenthum. — 9) Unger S. 91 Note 7. — 10) Vgl. §. 613, 707, 708. — 11) Jedoch §. 468, 527. — 12) Dagegen die herrschende Lehre der Romanisten; aber s. Unger S. 97 Note 27. — 13) Eine Beschränkung kann durch den Parteiwillen hervorgerufen werden. Unger S. 96.

Digitized by Google

c. Auflage.

§. 114.

α. Rechtliche Natur.

Auflage (modus) ist im Allgemeinen eine bei einer Vermögenszuwendung dem Erwerber aufgelegte Last, die nicht schon in der Natur des Rechtsgeschäftes selbst liegt. Aus dem technischen Begriff müssen aber alle Auflagen ausgeschieden werden, welche unter die Kategorie einer übernommenen Gegenverbindlichkeit, eines Legats oder eines Zahlungsmandates fallen. Definition. Sie ist Nebenbestimmung und zugleich Willensbeschränkung. Möglicher Inhalt. Unterschiede gegenüber einer Gegenleistung, Verbindlichkeit zur Leistung an einen Dritten, Bedingung und Rath oder Wunsch.

§. 115.

β. Wirkung.

Aehnlich der einer letztwillig beigerückten Resolutivbedingung. Zeitpunkt, in welchem die Auflage als nicht erfüllt bezeichnet werden kann. Unterschiede, die gleichwohl gegenüber der Resolutivbedingung hervortreten. Unerlaubte Auflage. Pönallegat. Im Zweifel, ob Bedingung oder Auflage vorliege, ist letzteres anzunehmen.

B. Freiheit des Willens.

§. 116.

1. Einfluß der Furcht.

Auch der unter dem Einflusse der Furcht stehende Wille ist ein wahrer Wille, weil der Wollende gleichwohl die Wahl hat[2]); allein wenn die Furcht durch äußeren (psychologischen)[3]) Zwang erzeugt wurde, ist positive Gegenwirkung ein rechtliches Postulat.[4]) Standpunkt des römischen Rechtes.[5]) Das b. G. B. geht mit der naturrechtlichen Theorie davon aus, es sei derjenige, dem die Erzwingung des Willens bekannt ist, nicht berechtigt, daraus Nutzen zu ziehen, insbesondere es habe der Contrahent des Gezwungenen nicht das Recht, das Versprechen anzunehmen — also Nichtigkeit auf Seiten des Gezwungenen.[6]) Genauer: Einseitige Rechtsgeschäfte sind, mag der Zwang von wem immer geübt worden sein, absolut nichtig.[7]), so insbesondere letztwillige Anordnungen (§. 565).[8]) Zweiseitige Geschäfte sind nur relativ (zu Gunsten des Gezwungenen) nichtig, und auch dies nur, wenn der eine Contrahent von dem andern, oder unter dessen Vorwissen oder Theilnahme von einem Dritten zu dem Vertrage gezwungen wurde[9]) (§. 870, 875). Klage auf Nichtigerklärung des Vertrages (§. 877), deren Verjährung (§. 1487); daneben Klage auf Schadloshaltung (§. 874). Bei erzwungenem Ehevertrag kommt es auf ein Verschulden des nicht Gezwungenen nicht an (§. 55).

Um diese Wirkungen zu erzeugen, muß die Furcht „ungerecht" und gegründet sein (§§. 870, 874, 875, 55). Gerecht ist sie nur dann, wenn dem Zwingenden das Recht zur Androhung und Ausführung des Uebels zum Zwecke des bestimmten Geschäftes zusteht[10]), in allen anderen Fällen,

Digitized by Google

also auch, wenn ein gesetzlich zustehendes Zwangsmittel zu einem andern als dem gesetzlich zustehenden Zwecke mißbraucht wird, ist sie ungerecht.[11]) Ob die Furcht gegründet war, muß nach den objectiven[12]) und subjektiven Umständen beurtheilt werden (§§. 870, 55). Metus reverentialis (Drohung einer Amtsperson, ihre amtliche Stellung zum Nachtheil des Bedrohten zu gebrauchen) ist nicht zu berücksichtigen[13]), weil der Beschwerdeweg an höhere Stellen offen steht.[14]) Nicht durch Drohungen herbeigeführte Furcht (religiöse Furcht, Furcht vor andringenden Elementen, vor einem Nothstande) ist irrelevant, es sei denn, daß vorübergehende Sinnenverwirrung (mangelnde Handlungsfähigkeit) entstand.[15])

1) §§. 565, 869 b. G. B. — 2) L. 24. §. 5. D. 4. 2. Savigny S. 102. — 3) D. h. in der Androhung eines bevorstehenden Uebels bestehenden (vis compulsiva). Mechanischer, in Ueberwältigung bestehender Zwang (vis absoluta) ruft keinen Willen hervor. Savigny S. 101, Unger S. 44, 50, 51. — 4) Savigny S. 100, 103, 104, 108, Puchta §. 56. — 5) Savigny III. §. 114, Keller §. 54, Unger S. 45—47. — 6) Unger S. 47 bes. Note 14. Daß auch das b. G. B. den erzwungenen Willen als einen wirklichen ansieht, s. §. 565, 869, 870, 875; nicht entgegen M. R. zu §. 55 und §. 877; wo die Annahme des Promissars unzulässig ist, kann eben von einem Vertrage nicht die Rede sein. — 7) So bei Occupation, Apprehension, Dereliction, Erbserklärung u. s. w. — 8) Der Zwingende kann hier auch erbunfähig werden (§. 542). — 9) Nach R. R. wirkt der Zwang in rem (Bangerow III. S. 302). Wegen L. 5. C. 2. 20 („sciente emtore") nahm die ältere Doctrin an, dies gelte nur, wenn der Gegencontrahent um den geübten Zwang wußte (Glück IV. S. 180). Diese Auffassung scheint auch auf §. 876 b. G. B. nicht ohne Einfluß gewesen zu sein. — 10) Z. B. der Gläubiger erzwingt durch Androhung der Klage einen Vergleich, die Erfüllung eines pactum de contrahendo, eines pactum de retrovendendo, durch Drohung mit der Execution die Zahlung oder Uebergabe. — 11) Unger S. 50 Note 24 gegen Stubenrauch u. A. — 12) Das R. R. läßt es nur auf diese ankommen, L. 6. D. 4. 2. Vgl. Unger S. 49 Note 21. — 13) Vgl. Unger S. 49 Note 18. — 14) Entsch. G. Z. 1855 Nr. 70. [= Peitler 1. Aufl. Nr. 531, Riehl 2. Aufl. II. S. 913.] — 15) Auch die Ernstlichkeit des Willens kann in solchen Fällen in Frage kommen.

§. 107.

2. Einfluß des Motivirrthums.

Der durch einen irrigen Beweggrund bestimmte Wille ist ein wirklich daseiender, aber seine Freiheit ist beengt. Insbesondere kann Betrug und List den Irrthum hervorgerufen haben, wo denn das Verhältniß dem des Zwanges zur Furcht ähnlich ist. Meist jedoch hat der Motivirrthum keinen Einfluß auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte. Ausnahmen: 1) bei unentgeltlichen Geschäften im Falle des Betrugs und wenn das irrige Motiv das einzig bestimmende erweislich gewesen ist. 2) bei entgeltlichen Geschäften: Irreführung durch den anderen Contrahenten, doch mit dem Unterschiede zwischen Haupt- und secundärem Motivirrthum. Ersterer wirkt relative

Digitized by Google

Nichtigkeit des Vertrages, letzterer nur soweit, als der Vertrag ohne den Irrthum nicht zu Stande gekommen wäre, bezw. Anspruch auf angemessene Vergütung.

Bei Betrug volle Schadloshaltung. Verjährung.

III. Die Willenserklärung.

§. 118.

Uebersicht.

Das das Rechtsgeschäft eigentlich Erzeugende ist der Wille; damit er aber wirksam sei, bedarf es seiner Manifestation durch äußere Zeichen.[1]) Erfordernisse der Erklärung, damit sie ihrem Zwecke entspreche:

1) Gehörige Deutlichkeit,
2) Nach Umständen eine bestimmte Form,
3) Uebereinstimmung mit dem Willen des Erklärenden und
4) bei Verträgen auch mit dem Willen des Gegentheils.

Von 3) und 4) war bereits die Rede[2]); von 1) und 2) ist nun zu handeln.

1) Savigny S. 258. — 2) Daß sie Erfordernisse der Erklärung sind, zeigt bes. die Abschließung von Rechtsgeschäften durch Boten, da die Erklärung des letzteren die gesetzlichen Erfordernisse haben muß, zu diesen aber auch die Uebereinstimmung mit dem Willen des Absenders und bei Verträgen mit dem des anderen Contrahenten gehört.

A. Gehörige Deutlichkeit.

§. 119.

Nach der Art der Willenserklärung: ausdrücklich oder stillschweigend[1]) (§. 863). Worte, schriftlich oder mündlich (§. 883, 577). Allgemein angenommene Zeichen.[2]) Wichtigkeit der Umstände[3]) für die Concludenz einer Handlung. Ausschließung stillschweigender Willenserklärungen bei letztwilligen Verfügungen, soweit es sich um deren Inhalt handelt.[4]) Qui tacet consentire videtur?[5]) Doch ist diese Regel richtig 1) wenn die Umstände von der Art sind, daß das Schweigen vernünftigerweise keine andere Deutung zuläßt[6]) und 2) wo das Gesetz dies insbesondere[7]) bestimmt. Solche Fälle enthalten b. G. B. §. 1114[8]), 1238[9]), 1019, 156[10]), 158 und 159[11]), 418[12]); auch spielt dieselbe Regel eine große Rolle in unserem civilprocessualen Verfahren.[13])

Was den Grad der Deutlichkeit anbelangt, so fordert das Gesetz §§. 869, 565) Bestimmtheit[14]) und Verständlichkeit.[15]) Fehlt etwas daran, so können diese Mängel doch oft durch Interpretation[16]) und Dispositivvorschriften unschädlich werden. §§. 914, 655; 554—559, 656—683. Bezüglich der logischen Interpretation insbesondere §. 558 a. E. §. 683 a. E.[17]), namentlich für die berichtigende: §. 914 a. E., 558 a. E., 655[18]), für die declarative: §. 683 a. E.[19]), 915.[20])

Lücken der Willenserklärungen werden nicht durch Analogie, sondern durch Anwendung der betreffenden Dispositivgesetze ausgefüllt.

Digitized by Google

1) Savigny S. 242, Arndts §. 64, Puchta §. 64. — 2) Swoboda G. Z. 1873 Nr. 95. — 3) Ausschließung der Concludenz einer Handlung a) durch Protestation oder Reservation, b) dadurch, daß sie erzwungen ist oder c) auf Irrthum beruht. Vgl. Keller S. 110, 111, Arndts §. 75, Holzschuher I. S. 327—334, Unger II. S. 106, 110. — 4) Denn es ist sogar eine Art der ausdrücklichen (die Bejahung) als ungenügend erklärt (§. 565); nicht ausgeschlossen sind aber stillschweigende Willenserklärungen auch hier, soweit es sich um Aeußerungen handelt, die zur Form gehören, wie insbesondere die §. 579 erwähnte Bestätigung. — 5) Savigny S. 248—252, Unger §. 85 Anm. 25—27. Ungenau ist es, wenn man zu Verzichtleistungen auf Rechte immer eine ausdrückliche Erklärung für erforderlich hält. Vgl. Entsch. G. H. 1870 Nr. 33 [= Riehl III. S. 1570.]. — 6) z. B. Besorgung eines fremden Geschäftes in Gegenwart des dominus neg. ohne dessen Widerspruch, oder vgl. Verordnung v. 20. Januar 1855 Nr. 13, §. 58; nicht auch, wenn mit einer Offerte die Erklärung verbunden wird, der Offerent werde das Schweigen des Oblaten als Zustimmung betrachten. Savigny S. 248, 249. — 7) Diese Fälle dürfen nicht analog erweitert werden. — 8) Doch ist Protestation binnen 14 Tagen wirksam. Vdg. v. 17. Dcember 1858 Nr. 234, §. 22. — 9) §. 1030 beruht nicht auf bloßem Schweigen, sondern auf dem Gestatten des Waarenverkaufs; der Fall hat aber durch die Min. Vdg. v. 20. Jänner 1855 Nr. 13, §. 58 eine hieher gehörende Ausdehnung erfahren; vgl. H. G. B. Art. 56, 59. — 10) Unger II. S. 112 Note 26a, S. 584 Note 18, Winiwarter I. S. 385, Stubenrauch I. S. 420, Ellinger ad §. 157. — 11) Der außergerichtliche Widerspruch wird in diesen Fällen als nicht erhoben angesehen. — 12) Eigentlich eine fingirte Willenserklärung. Savigny S. 253—257, Unger S. 109 Note 17. — 13) Weitere Fälle: Ges. v. 6. Februar 1869 Nr. 18, §. 3, Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70, §. 22. — 14) D. h. die Willenserklärung darf nicht in so allgemeinen Ausdrücken gegeben werden, daß sich ein fest bestimmter Gegenstand der Willensrichtung daraus nicht entnehmen läßt, wie z. B. bei den üblichen Höflichkeitsformeln: man werde erkenntlich sein u. dgl.; ebenso die allgemeine Zusage des Bestandgebers, weder zu kündigen, noch zu steigern (Entsch. G. Z. 1870 Nr. 67, 1871 Nr. 85 [= Sammlung VIII. Nr. 3833. IX. Nr. 4111.]) Unrichtig scheint die Entsch. G. Z. 1870 Nr. 99 [= Sammlung VIII. Nr. 3925.]. — 15) D. h. die Erklärung soll so geschehen, daß die bestimmte Vorstellung auch in den Gedanken des Dritten erzeugt wird; das fehlt z. B. bei einer dem Letzteren unverständlichen Sprache oder Ausdrucksweise. Vgl. Holzschuher I. S. 382. — 16) Arndts §. 75. Zu beachten locale Ausdrucksweise: „besonderer Sinn" §. 655. — 17) Savigny III. S. 135. — 18) Wurde z. B. eines von zwei Häusern verkauft und mit der Zahl des anderen bezeichnet, so beseitigt die berichtigende Auslegung den Zweifel. — 19) L. 67 D. de R. J. — 20) §. 915. in pr. erklärt sich daraus, daß für die größere Verbindlichkeit keine beweisende Erklärung vorliegt, in f. daraus, daß es gerechter und billiger ist, den Urheber des undeutlichen Ausdrucks den Nachtheil tragen zu lassen (z. B. den Offerenten, der nach Ellen anbot und an kleinere Ellen dachte, als der Oblat); danach findet dieser Grundsatz keine

Digitized by Google

Anwendung auf Fälle, wo der zweifelhafte Ausdruck von beiden Contrahenten oder von einem Dritten herrührt (arg: Citat des §. 869 im §. 915). Diese Regel des §. 915 ist überhaupt subsidiär, — sie gilt nur, wenn die Undeutlichkeit sich nach gewöhnlichen Auslegungsregeln nicht heben läßt, denn zunächst soll ja (nach §. 914) §. 6 entscheiden. — §. 915 ist in Anlehnung an Jenes entstanden, was das R. R. von Stipulationen und Käufen bestimmt (Savigny VIII. S. 268), doch mit zwei Aenderungen a) einer Generalisirung der Regel, wie sie freilich auch schon von vielen Romanisten vorgenommen wird (z. B. Arndts §. 75), b) mit der Modification, daß die Regel nicht gerade auf den Promittenten, sondern auf jenen, der den Ausdruck (absichtlich oder unabsichtlich) gebraucht, angewendet wird.

B. Die Formmäßigkeit.[1])

§. 120.

Förmliche (formmäßige) und formlose[2]) Geschäfte. Symbole und deren Werth im älteren römischen und deutschen Recht.[3]) Zweck der meisten Formen im Recht der Gegenwart (leichterer Beweis und Publicität). So auch im österreichischen Recht.[4]) Dasselbe fordert regelmäßig zur Perfection des Geschäftes keine bestimmte Form (§. 863); doch verlangt es für einzelne wichtige Fälle die Schriftform[5]), den Notariatsact[6]), gerichtliche Intervention[7]), Beiziehung von Zeugen.[8])

Wo die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben oder von dem das Geschäft Errichtenden gewillkürt ist, genügt nicht schon die schriftliche Fixirung der Willenserklärung, sondern die letztere erfolgt nach einer seit dem Mittelalter[9]) bestehenden Gewohnheit erst durch die unter die Urkunde gesetzte Namensunterschrift des Erklärenden; die früher üblich gewesene Beifügung des Siegels ist nicht mehr nöthig (§§. 884, 578, 579). Doch genügt auch eine mit Genehmigung des Erklärenden durch einen Anderen mit dem Namen des Ersteren geschehende Unterfertigung, weil hier eine Bevollmächtigung vorliegt.[10]) Schreibensunkundige setzen unter die Schrift eigenhändig ihr Handzeichen und müssen zwei[11]) Zeugen[12]) beiziehen, die sich unter der Urkunde als Zeugen[13]) eigenhändig[14]) unterzeichnen, und deren einer den Namen des Ausstellers dem Handzeichen beifügt (§. 886 b. G. B. §. 116 A. G. O.).[15]) Unterschriften mit hebräischen Buchstaben gelten nur als Handzeichen (Hfd. 19. Februar 1846 Nr. 938, 22. October 1814 Nr. 1106). Besondere Formen für letztwillige Anordnungen (§. 580). Für Notariatsacte: Not. O. §§. 55, 68, 2, 49. Privaturkunden können die Form eines Notariatsactes erhalten: §. 54 ebenda; Notariatsacte mit Blinden, Tauben, Stummen, Personen, welche die Sprache des Actes nicht verstehen: §§. 59—65 ebenda, dazu auch Gesetz v. 25. Juli 1871 Nr. 76, §. 1. „An den sonst bestehenden besonderen Bestimmungen betreffend das Erforderniß der gerichtlichen[16]) oder notariellen[17]) Errichtung eines Rechtsgeschäftes wird durch dieses Gesetz nichts geändert" (ebenda).

Nach Umständen gehört zur Wirksamkeit einer schriftlichen Willenserklärung nebst der äußeren Beglaubigung (äußere Form) noch ein besonderer Inhalt (innere Form vgl. §§. 435, 1001, 1425 u. a.).[18]) Die einzelnen förmlichen Geschäfte im speciellen Theil.

Digitized by Google

1) Völderndorff Form der Rechtsgeschäfte, 1857. — 2) Savigny S. 237, 238, Keller §. 57. — 3) Savigny S. 238 f., Gerber §. 164, Gengler Lehrb. S. 168 f., 176, 367—369. — 4) Symbole sind theils beseitigt, theils gehören sie, wo sie noch bestehen (z. B. §. 908), nicht zum Wesen, nur zur Bestärkung des Geschäfts. — 5) §. 270 A. G. O., §. 943, 956, 1249 u. a. b. G. B., Eisenb. Betriebsregl. v. 1. Juli 1872 Nr. 90, B. §. 4. 5. — 6) Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 76, §. 1. — 7) §. 162, 174, 181, 569 b. G. B. — 8) §. 579—581 u. a. — 9) Wir sind das so gewohnt, daß Viele glauben mögen, es könne das gar nicht anders sein; gleichwohl findet es sich bei den Römern erst sehr spät und in beschränkten Anwendungen. L. 17. C. 4. 21. Savigny S. 244. — 10) Anders bei Wechseln, Ges. v. 19. Juni 1872 Nr. 88. — Was den Satz im Text angeht, schwankt unsere Praxis; vgl. einerseits Entsch. G. Z. 1859 Nr. 19, 1861 Nr. 129 [= Peitler Samml. wechselr. E. Nr. 143], andererseits G. Z. 1872 Nr. 84, 1860 Nr. 55, 1866 Nr. 41, G. H. 1866 Nr. 14, 89, 94 [= Jud. B. Nr. 66, Peitler a. a. O. Nr. 95, 375, 379, 424, 437]. — 11) Zwei Zeugen genügen auch, wenn die mehreren Unterfertiger nicht schreiben können. — 12) Sie müssen unbedenklich sein, nicht aber nothwendig männlichen Geschlechts. Anders bei Notariats- und Solennitätsurkunden (§. 434, 591, 1249 b. G. B. Not. O. §. 57). — 13) Gegenwart derselben bei Unterfertigung des Ausstellers (N. O. §. 58), oder Constatirung durch den letzteren, daß die Urkunde seinem Willen entspreche (§. 117 A. G. O.). Verantwortlichkeit des Zeugen: Pat. 13. Jänner 1785 Nr. 382. — 14) Schreibensunkundige können also nicht als Zeugen bei Urkunden gebraucht werden; anders bei Notariatsacten §. 57, 68 N. O. — 15) Anders bei Wechseln, vgl. Art. 94 W. O. — 16) Will eine mit einem solchen Gebrechen behaftete Person einen Adoptionsvertrag schließen, so ist also nebst gerichtlicher Errichtung auch notarielle Intervention erforderlich. Entweder wird somit das Gericht mit einer bloßen Ausfertigung sich begnügen müssen, oder es wird nach §. 50 N. O. vorzugehen sein. — 17) Art. 94 W. O., §. 31 G. B. O. — 18) Unpassend nennt Ellinger §. 4, vgl. Holzschuher I. S. 319 innere Form die wahre Einwilligung und die Möglichkeit der Leistung.

IV. Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhaltes.

§. 121.

Das objective Recht kann nicht einer Thatsache Wirksamkeit verleihen, die mit demselben im Widerspruch steht (§. 878). Unmöglich ist Alles, was nach physischen oder Rechtsgesetzen nicht vor sich gehen kann[2]), unzulässig oder unerlaubt, was nicht vor sich gehen darf.[3])

Unmöglichkeit, objective und subjective; auch letztere steht der Giltigkeit des Rechtsgeschäftes entgegen (§. 662 a. A.), wo nicht nach dessen Sinn die Substituirung eines andern Gegenstandes zulässig ist (cf. §. 662 a. E.); wo dies nicht zutrifft, kann doch Verpflichtung zu angemessener Vergütung entstehen (§. 878 a. E.).

Schwierigkeit ist nicht Unmöglichkeit, macht auch das Geschäft nicht ungiltig.[4]) Eine persönliche Leistung erscheint noch als möglich, wenn sie das allgemeine Maß menschlicher Kraft nicht übersteigt.[5])

Digitized by Google

Rechtlich unzulässig ist das, was einem absoluten Gesetze (lex perfecta)[6]) entgegen ist, also jede Handlung oder Unterlassung, die schon an sich, nicht bloß in Beziehung auf ein bestehendes Verpflichtungsverhältniß unerlaubt ist, ebenso auch jede Handlung, die darauf abzielt, ein bestehendes absolutes Gesetz zu umgehen oder gesetzliche Zwecke zu vereiteln.[7]) An sich erlaubte Handlungen aber, mögen sie auch im Verhältniß zu einer bestimmten Person, gegenüber welcher man in einem speciellen Schuldverhältniß steht, eine Rechtsverletzung bilden, sind nicht rechtlich unzulässig, weil eben obligatorische Rechtsverhältnisse regelmäßig nur zwischen Gläubiger und Schuldner wirken, Dritte aber nicht angehen.[8])

Auch das moralisch Unzulässige bildet ein Hinderniß der Entstehung eines Rechtsgeschäftes (§. 878, 898, 1174), aber nur jene Handlungen oder Unterlassungen sind unzulässig, die schon objectiv betrachtet das Sittengesetz verletzen[9]), nicht auch jene, die erst durch die hinzukommende Gesinnung unmoralisch werden.[10]) Das fordert die Verkehrssicherheit, und auch das Sittengesetz kann dadurch nur gewinnen, weil nur ein nach allen Seiten gegen muthwillige Anfechtungen gesichertes Recht der Sittlichkeit zu dienen geeignet ist.[11])

Wie andere Geschäftserfordernisse muß auch die Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhaltes zur Zeit der Errichtung des Geschäftes vorhanden sein[12]); durch späteres Entfallen des Hindernisses convalescirt das Geschäft nicht (arg. §. 576).[13]) War die Handlung zur Zeit der Errichtung des Geschäftes möglich und zulässig, wird sie aber später (vor der Erfüllung) zufällig unmöglich oder unzulässig, so wirkt dies nicht Nichtigkeit[14]), sondern — abgesehen von dem Außerverkehrkommen des Gegenstandes des Geschäftes (§. 880, 1048, 1064)[15]) — nur Erlöschung[16]) bereits wirklich bestandener Rechte (1447)[17]) ohne rückwirkende Kraft. Nicht erforderlich ist aber, daß im Moment der Geschäftserrichtung wirkliche Erfüllung möglich und zulässig sei[18]) — nicht auf Ausführbarkeit zur Zeit der Erklärung, sondern nur darauf, daß das, was erklärt wurde, schon in diesem Moment als möglich und zulässig erscheine, kommt es an.[19]) Danach sind auch Geschäfte giltig, die unter der Bedingung geschlossen werden, daß das, was dermalen unmöglich oder unerlaubt ist, später möglich und erlaubt werde.[20]) Geht diese Erwartung nicht in Erfüllung, so hat das die Wirkung der Vereitelung einer Suspensivbedingung.

Theilweise Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit des Inhalts. Utile per inutile non vitiatur.[21]) (882.)[22])

Ein besonderer Fall der Unmöglichkeit des Inhaltes ist das Versprechen einer fremden Handlung.[23]) (§. 881.) Solche Zusicherungen sind weder für den Promittenten, noch für den Dritten bindend.[24]) Anders, wenn er nur seine Verwendung versprochen oder für den Erfolg gestanden hat.

Das Gesagte gilt auch für den Fall einer für den Dritten zugesicherten Annahme, weil auch diese Zusicherung actus inter tertios ist. Anders wenn Jemand sich eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt (§. 1019, 1403).[25])

Ein Geschäft, dem Möglichkeit oder Zulässigkeit des Inhaltes fehlt, ist wirkungslos. Das geleistete Entgelt ist daher zurückzustellen und etwaiger Schaden zu vergüten.[26]) (§. 878 a. E. Ausnahme §. 1174.)

Digitized by Google

1) Eine auffallenderweise von den Rechtslehrern mit einer gewissen Flüchtigkeit behandelte Materie. Vgl. z. B. Puchta §. 51, Arndts §. 64, Unger II. S. 43. — 2) Physische Unmöglichkeit: z. B. Verkauf von Wein, der bereits ausgeronnen ist; rechtliche: Veräußerung eines höchst persönlichen Rechtes, einer dem Verkehr entzogenen Sache, Verzicht auf die Rechtsfähigkeit. — 3) Rechtliche Unzulässigkeit, die keineswegs rechtliche Unmöglichkeit enthält, da sie ja vor sich gehen kann, z. B. Verletzung der Person oder des Eigenthums eines Anderen; moralische: Verläumdung, Lüge, unerlaubtes Geschlechtsverhältniß. — 4) Z. B. ein Vermögensloser verpflichtet sich zur Zahlung einer bedeutenden Geldsumme. — 5) Aufopferung des Lebens darf freilich nicht gefordert werden. L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. Heimbach Rechtslex. VII. S. 409, Savigny III. S. 165. — 6) Unger I. S. 55, 56, Savigny IV. S. 550. — 7) Waarenschwärzung, Assecurirung einer solchen, Vertrag, womit sich ein Gläubiger von seinem im Ausgleichverfahren befindlichen Schuldner einen besonderen Vortheil für die Zustimmung zum Ausgleich bedingt. (Entsch. G. H. 1867 Nr. 9 [= Riehl II. S. 931.] C. O. §. 226.) — 8) z. B. man verspricht die Uebergabe einer species, eine für eine bestimmte Zeit geschuldete Dienstleistung noch vor der Erfüllung einem Anderen, man überträgt das Eigenthum einer vermietheten Sache einem Dritten und macht sich dadurch die Erfüllung des Miethvertrages ferner unmöglich (§. 430, 440, 1120). Der spätere Vertrag ist keineswegs ungiltig, er schafft nur eine Collision von Rechten. Ebenso ist nicht ungiltig die Contrahirung neuer Schulden zum Nachtheil bereits bestehender Gläubiger (vgl. Entsch. G. Z. 1866 Nr. 36 mit 1871 Nr. 48 [= Sammlung V. Nr. 2398, Riehl I. S. 236, IV. S. 1842.] C. O. §. 24, Nowak G. Z. 1868 Nr. 36 f.) oder darbender Familienglieder, oder das Versprechen, eine einem Dritten gegenüber bestehende Vertragsverbindlichkeit nicht zu erfüllen (Entsch. G. Z. 1868 Nr. 73 [= Sammlung VI. Nr. 3066.]). Zuweilen entscheiden erst die Umstände, ob eine Handlung rechtlich zulässig ist: das Fällen fremder Bäume kann Eigenthumsverletzung, ebenso aber auch Ausfluß eines Fruchtgenußrechtes u. dgl. sein. Die Veräußerung einer fremden Sache durch den Besitzer (Versprechen der Tradition) ist nicht Eigenthumsverletzung (letztere liegt vielmehr schon in dem Besitz); daher kann eine solche Veräußerung zu einem Ersitzungstitel führen. — 9) Diebstahl, Ehrabschneidung, Dingen einer Maitresse, Versprechen einer Belohnung für begangene Uebelthaten. — 10) Heirathen aus Eigennutz, Verprassen des Vermögens zum Nachtheile der darbenden Familie, Zusicherung, eine Forderung von einem in gedrückter Lage befindlichen Schuldner einzutreiben, Errichtung einer Fabrik, die durch ihre Concurrenz eine andere ruinirt. — 11) Vgl. Savigny I. S. 332. — 12) Bes. Heimbach Rechtslex. VII. S. 407. — 13) L. 29. D. de R. J. Unger II. S. 155. Veräußerung eines Theiles einer untheilbaren Sache bleibt ungiltig, auch wenn ein späteres Gesetz diese Untheilbarkeit aufhebt (doch vgl. Entsch. G. Z. 1873 Nr. 40 [= Sammlung X. Nr. 4768.]); Verpachtung eines Personalgewerbes vor dem 1. Mai 1860 blieb auch später trotz §. 58 Gew. O. ungiltig; wucherische Geschäfte wurden durch die Aufhebung der Wuchergesetze nicht giltig (Entsch. G. Z. 1869 Nr. 75 [= Riehl III. S. 1028.]). Ausnahmen durch Begünstigung des Gesetzgebers möglich, z. B.

Digitized by Google

kais. Verordnung v. 29. Nov. 1857 Nr. 217 gegenüber §. 124 b. G. B. — 14) Dagegen Unger S. 74 Note 66 a, der aber mit seinen eigenen Grundsätzen (S. 143) in Widerspruch kommt. — 15) Vgl. Unger S. 144 Note 22. — 16) Der praktische Unterschied zwischen Nichtigkeit und Erlöschung betrifft insbesondere die Verpflichtung zur Gegenleistung, welche bei der ersteren ebenfalls erlischt (Puchta §. 302, Arndts §. 275), ferner die Beweislast (Kirchstetter S. 461). — 17) Savigny III. S. 166, Arndts §. 274. — 18) Denn bei Rechtsgeschäften, die erst noch erfüllt werden sollen, bildet den Inhalt der auf die Erfüllung gerichtete Wille. — 19) Dies wird verwechselt bei Unger II. S. 74, Bangerow I. S. 166, Arndts §. 71. — Beispiele: Verkauf eines ererbten Grundstückes, als dessen Eigenthümer der Erbe noch nicht angeschrieben ist (Entsch. G. Z. 1853 Nr. 86 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 537.]), Verkauf einer künftigen Sache, einer Sache, die man verlegt hat, Uebernahme einer Lieferung, während man das zu Liefernde noch nicht angeschafft hat, Verdingung seiner Dienste zur Zeit der Arbeitsunfähigkeit. — Allerdings aber erscheint der Inhalt des Geschäftes dann als unmöglich oder unerlaubt, wenn zur Zeit seines Abschlusses alle Wahrscheinlichkeit besteht, daß es nie werde erfüllt werden können oder dürfen (vgl. Holzschuher I. S. 322). Gewißheit aber ist nicht erforderlich; anders bei unmöglichen Bedingungen: Unger II. S. 80 f. — 20) Nur darf diese Erwartung selbst nicht eine unzulässige sein. Unger II. S. 81 f. — Beispiele: Entsch. G. Z. 1860 Nr. 56, 1872 Nr. 10, G. H. 1868 Nr. 95, 1869 Nr. 25 [= Sammlung II. Nr. 859, VI. Nr. 3132, Riehl III. S. 1242]. — 21) Anders wenn die Aufrechthaltung des Ganzen zur Bedingung der Giltigkeit gemacht wurde, oder wenn der nichtige Theil Voraussetzung und Grundlage des ganzen Geschäftes ist. Unger II. S. 153, 154. Entsch. G. H. 1868 Nr .49, 1869 Nr. 30, G. Z. 1871 Nr. 103 [= Riehl II. S. 1006, Sammlung VII, Nr. 3267]. — 22) Unrichtig jedoch in diesem §. das Erforderniß der „Ausdrücklichkeit"; ähnlich §. 901. — 23) Heimbach Rechtslex. VII. S. 411. — 24) Wenn A dem B, um ihn von der Execution gegen C abzuhalten, verspricht, Letzterer werde die Schuld bezahlen, so enthält dies nicht einmal eine wirksame Verbürgung des C. Ungiltig ist es auch, wenn A dem B verspricht, der Pferdeliebhaber C werde ihm ein gewisses Pferd abkaufen u. dgl. — 25) Z. B. der Hausverkäufer läßt sich vom Käufer die Fortsetzung der bestehenden Miethverträge oder die Bezahlung der Schulden des Verkäufers versprechen. — 26) Z. B. Jemand verspricht Besorgung eines Geschäftes, wozu (ihm fehlende) Fachkenntnisse gehören.

2. Titel: Bei Errichtung durch dritte Personen.

§. 122.

Allgemeines.

Daß eine Person für eine andere ein Geschäft derart errichtet, daß die letztere als die Errichtende erscheint und die Rechtswirkungen des Geschäftes für sie eintreten, ist auf doppelte Weise möglich:

1) Die handelnde Person gibt nur eine Willensäußerung ab, welche lediglich Ausdruck des bei der anderen schon vollständig vorhandenen Willens

Digitized by Google

ist[1]), die erstere leistet also nur, was sich auch durch mechanische Mittel (Brief, Telegraph) vollziehen ließe[2]): Makler, der einen Antrag[3]), Bote, der eine Sache überbringt, Dolmetsch u. s. w. Technische Bezeichnung: Bote. Er braucht nicht einmal handlungsfähig zu sein, Zweck und Entstehung des Geschäftes können ihm ganz unbekannt bleiben; oder

2) die handelnde Person und nur sie faßt den speciellen, auf alle Punkte des Geschäftes gerichteten Willen, sie will selbst, sie äußert nicht einen fremden, sondern den eigenen Willen, aber mit der Intention, daß die Gesammthandlung als Handlung der anderen Person angesehen werden solle. Technische Bezeichnung: Stellvertreter, Repräsentant.[4]) Er muß willens- und handlungsfähig sein, doch genügt, da das Geschäft seine Wirkungen nicht für ihn äußert, jener Grad der Handlungsfähigkeit, wie er zur selbständigen Unternehmung nicht oneroser Geschäfte erforderlich ist (§. 1018).

Freiwillige und nothwendige Stellvertretung, je nachdem sie auf der Zustimmung des Vertretenen oder einer im Gesetze begründeten Nothwendigkeit beruht, kraft deren eine Person das Vertretungsrecht eines Andern hat. Handlungen eines negotiorum gestor (bei dem beide Voraussetzungen nicht zutreffen)[5]) gelten als Handlungen des Vertretenen nur kraft nachträglicher Genehmigung.

Die Erfordernisse der durch Dritte errichteten Geschäfte sind zum Theil andere als die der in eigener Person errichteten. Bei Abschluß durch einen Boten muß seine Willensäußerung die gesetzliche Qualification haben, insbesondere mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmen, da sonst Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung vorliegt. Beim Stellvertretungsverhältniß bedarf es neben der persönlichen Fähigkeit des Vertretenen der Handlungsfähigkeit des Vertreters; bezüglich des Willens und der Erklärung kommt es nur auf den Vertreter an.[6]) Dazu wird noch erfordert der Nachweis des Repräsentationsverhältnisses und der Absicht, das Geschäft als Geschäft des Vertretenen erscheinen zu lassen, d. h. im Namen desselben zu handeln.[7]) Diese Intention kann ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen erschlossen werden.[8]) Bei zweiseitigen Geschäften muß auch die entsprechende Intention des Dritten vorhanden sein.[9]) Handeln auf fremde Rechnung?

Stellvertretung nicht nur bei Rechtsgeschäften zulässig, auch bei anderen juristischen[10]), jedoch nicht bei widerrechtlichen[11]) Handlungen. Rechtsgeschäfte, die persönlich vorgenommen werden müssen[12]), insbesondere letztwillige Erklärungen (§. 564).[13])

1) Unger II. S. 129 (vgl. S. 134 Note 20): natürliche Mitwirkung, Ihering Jahrb. I. Nr. 7: factische. — 2) Namentlich, wenn es sich nur um Tradition handelt. — 3) Hahn Comm. I. S. 167, §. 1. — 4) Juristische Mitwirkung, Unger S. 131, Ihering a. a. O. Vgl. bes. Brinz Krit. Bl. Nr. 2; über andere Auffassungen: Arndts §. 76 A. 1. 2. — 5) Gleichwohl wird auch der neg. gestor im weiteren Sinne oft Stellvertreter genannt. — 6) Vgl. Gerber §. 172 Note 1, Thöl Handelsr. §. 25 Nr. 2. — 7) Unger S. 133, Ihering S. 274, Scheurl Iherings Jahr-

Digitized by Google

bücher II. S. 19 f. — 8) H. G. B. Art. 52. — 9) Glaubt der Dritte, der Vertreter handle im eigenen Namen, so kann das ein Mißverständniß in einem wesentlichen Punkte sein (§. 869). Anders regelmäßig bei der Besitzerwerbung durch Tradition an den Vertreter. — 10) Z. B. bei processualen Handlungen, und jenen, welche die Ausübung eines fremden Rechtes enthalten. Verwahrer, Finder, Entlehner, Fruchtnießer sind Stellvertreter. Vgl. §. 318, 319: „im Namen eines Anderen". — 11) Savigny III. S. 92 Note c. — 12) Unger S. 137 Note 32. — 13) Unger S. 138 Note 36. Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft sind nach österr. R. unzweifelhaft durch Stellvertreter möglich (§. 233, 805, 1008).

A. Entstehung des Repräsentationsverhältnisses.

§. 123.

1. Bei freiwilliger Repräsentanz.

Ermächtigung ertheilt durch den Bevollmächtigungsvertrag, entweder als Pflicht (Auftrag, Mandat), oder als Recht (insbes. die Anweisung). Ausdrücklich oder stillschweigend, mündlich oder schriftlich gegeben. Begriff der Vollmacht. Geheime oder stille Vollmacht, offene Vollmacht.

Insbesondere stillschweigende Ermächtigung. Anstellung. Dienstboten und Familienglieder? Einschreibebuch. Ueberbringer einer fremden Quittung? Inhaberpapiere. Substituirung. Rechtliche Stellung des Substituten.

§. 124.

2. Bei nothwendiger (unfreiwilliger) Repräsentanz.

I. Gegründet auf gesetzliche Anordnung (gesetzliche Repräsentanz):

A. der eheliche Vater (§. 1034, 152) kraft seiner väterlichen Gewalt (§. 147).[1])

B. der Ehemann (§. 1034, 91, 1238)[2]) kraft des Daseins des Ehebandes. Trotzdem dieses Vertretungsrecht durch den Willen der volljährigen Frau beendigt werden kann, ist es doch ein nothwendiges[3]), da es ohne ihren speciellen Willen, oft ohne ihr Wissen entsteht.

C. die Staatsgewalt bald unmittelbar, bald durch speciell bestellte Privatpersonen, die eine Art Amt erlangen[4]); sie intervenirt bald durch die Gerichte, bald durch Administrativorgane.

1) Durch die Gerichte

a) als Stellvertreter von Personen mit fehlender oder mangelhafter Handlungsfähigkeit, insbesondere der

aa) Hauskinder in allen Angelegenheiten, welche den Kreis der ordentlichen Vermögensverwaltung überschreiten, doch unter Zustimmung des Vaters (§. 152).[5]) Beschwerde möglich gegen dessen ungegründete Weigerung (§. 178);[6])

bb) anderen Minderjährigen für alle ihre Rechtsangelegenheiten. Für die laufende Verwaltung wird ein Substitut (der Vormund)[7]) bestellt; die übrigen Geschäfte bleiben regelmäßig dem eigenen Wirkungskreis des Gerichtes vorbehalten (§. 233, 234).[8])

Digitized by Google

cc) Aehnlich bei anderen handlungsunfähigen Personen: Geisteskranken, erklärten Verschwendern, Cridataren, Ordensprofessen, zuweilen bei Taubstummen, bei der Verlassenschaft[9]), nicht auch bei anderen juristischen Personen.[10]) Der zur Führung der laufenden (nicht dem eigenen Wirkungskreis vorbehaltenen) Geschäfte bestellte Substitut heißt hier Curator (§. 269, 270, 282). Sog. Curator ad actum (§. 271, 272).

b) Zur Beseitigung vorhandener Störung oder drohender Hemmung von Privatrechten führt das Gericht die Vertretung entweder selbst oder durch einen Substituten.

aa) Selbst: bei Ertheilung executiver Pfandrechte (§. 450), bei executiven Veräußerungen (§. 1089) oder Verpachtungen, bei der Tradition so veräußerter oder verpachteter Sachen an den Ersteher, bei der Uebergabe von Sachen an einen Sequester (§. 348, 968), bei Empfangnahme gerichtlich zu deponirender Sachen (§. 1425), bei der in Vertretung der Verlaßinteressenten geschehenden Entgegennahme der Erbsantretung oder Erbsentschlagung (§. 799 b. G. B., §. 125 Pat. 9. Aug. 1854)[11]) u. s. f.

bb) Durch einen Substituten: Curatel für Abwesende (§. 276), Verschollene (§. 277), für eine Verlassenschaft (§. 128 Pat. 9. Aug. 1854), Ungeborene (§. 274, 630), Sequestration von streitigen oder in Execution gezogenen Gegenständen oder des Vermögens eines unbefugt Ausgewanderten (Hofd. 24. März 1832 §. 11 f.) u. s. f. Diese Substituten haben meist nur die Vermögensverwaltung, und auch hier bei wichtigeren Angelegenheiten nur unter unmittelbarer Mitwirkung des Gerichtes.

2) Die Staatsverwaltung vertritt regelmäßig[12]) die juristischen Personen in jenen Angelegenheiten, welche über das Vertretungsrecht der unmittelbaren Vorstehung hinausliegen.

D. Die juristischen Personen[13]) haben, weil selbst handlungsunfähig, immer eine Repräsentanz, und zwar eine doppelte. Die regelmäßige Vertretung bildet ihre verfassungsmäßige Vorstehung[14]) und bei universitates inordinatae die Gesammtheit aller gegenwärtigen Mitglieder; was über die laufende Verwaltung hinausgeht, fällt in das Vertretungsrecht der Staatsverwaltung (oben Nr. 2), bei kirchlichen Stiftungen und Corporationen auch der Kirchengewalt (beides parallel der Obervormundschaft).

II. Nothwendige Repräsentanz gegründet auf die Anordnung eines zur Bestellung eines Stellvertreters für den zu Vertretenden berechtigten Dritten, meist des Gerichtes. Bestellung von Vormündern, Curatoren, Sequestern (gerichtliche Repräsentanz §. 1034 u. M. R. dazu)[15]), die als Substituten des die gesetzliche Vertretung führenden Gerichtes erscheinen[16]); nur ist ihre Einwilligung nicht erforderlich (munus publicum §. 200, 203, 280).[17]) Nur der Erbe (§. 810) hat hiezu nur ein Recht, nicht die Pflicht (§. 690). Auch der Erblasser kann in dem Testamentsexecutor (§. 817) der Verlassenschaft bezw. dem Erben einen nothwendigen Stellvertreter bestellen[18]); es kann der Begründer einer Stiftung die Vertretung derselben nach Belieben ordnen; endlich kann bei Actien- und anderen Vereinen statutenmäßig die Bestellung der Vertretung den Mitgliedern oder anderen Organen überlassen sein.

Digitized by Google

1) Wesentlich anders nach römischem Rechte. — 2) Die letzte Spur der viel ausgedehnter gewesenen deutschrechtlichen Geschlechtsvormundschaft, Unger I. S. 281. Ueber das römische Recht Arndts §. 412. — 3) Das zeigt sich namentlich in der Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. — 4) Vgl. z. B. §. 206 b. G. B. — A. L. R. II. 18. §. 235: „Vormünder sind .. Bevollmächtigte des Staates .." — 5) §. 152: „Kinder können ohne .. Einwilligung des Vaters keine giltige Verpflichtung eingehen." — 6) Sie ist beim vormundschaftlichen Gericht (nicht bei der zweiten Instanz) anzubringen. — 7) Daß er Substitut des Gerichtes, nicht daneben stehender Stellvertreter ist, ergeben §. 204, 206 b. G. B. vgl. A. L. R. a. a. O. — 8) Der Vormund ist also nur Substitut des Gerichtes, der Vater selbständiger Vertreter neben dem Gericht. — 9) Regelmäßig ist der Erbe selbst zum Curator der Verlassenschaft zu bestellen (§. 690, 810); anders wenn Concurs über die Verlassenschaft eröffnet wird; vgl. Entsch. G. Z. 1867 Nr. 5 [= Sammlung V. Nr. 2642.]. — 10) Denn diese stehen unter der Obsorge „der öffentlichen Verwaltung" (§. 27, 867). — 11) Vgl. Unger II. S. 607 Note 15 a. E. Selbst die Urtheilschöpfung läßt sich auf das gleiche Princip zurückführen. — 12) Bei Verlassenschaften, Actiengesellschaften und jenen Vereinen und Stiftungen, bei denen durch die Anordnung der Gründer etwas Anderes festgestellt ist, treten andere Organe ein. — 13) Man darf nicht auch §. 833 b. G. B. (vgl. A. L. R. I. 17. §. 10 f.) als einen Fall gesetzlicher Repräsentanz betrachten; hier liegt vielmehr die Fiction vor, der Wille der Majorität sei Wille der Gesammtheit. Die Majorität ist keine bestimmte Person, sondern ein wechselnder Personeninbegriff, sie handelt nicht immer in fremdem Namen, und die Grundsätze von Erlöschung des Repräsentationsverhältnisses gelten nicht für sie. — 14) Sie ist regelmäßig selbständige Vertreterin, kann aber auch bloße Substitutin der Staatsgewalt oder eines anderen überwachenden Organes sein. Insofern tritt ein Unterschied zwischen ihrer und der Stellung eines Vormundes ein, indem eine beliebige Absetzung durch die Staatsgewalt regelmäßig ebenso unzulässig ist, als eine willkürliche Enthebung des Vaters von seiner väterlichen Gewalt. — 15) Der Vormund und jeder Substitut eines nothwendigen Repräsentanten ist also ebenfalls nothwendiger Repräsentant, denn er vertritt nicht den Substituenten, sondern tritt an seine Stelle. — 16) Das ihnen ausgestellte Legitimationsdecret hat die Natur einer (Substitutions-) Vollmacht. §. 206, 280. — 17) Die sonst zu jedem Mandat erforderliche Einwilligung wird hier als vorhanden angenommen, etwa wie in Expropriationsfällen und bei anderen Zwangskäufen die Einwilligung des Eigenthümers. — 18) Der Testamentsexecutor vertritt den Erben nach Einantwortung der Erbschaft, wenn sich der ihm gewordene Auftrag über diese Zeit hinaus erstreckt.

B. Umfang der Repräsentationsbefugniß.

§. 125.

1) Bei ausdrücklicher Vollmacht regelmäßig ihr eigener Inhalt entscheidend. Unterschied der allgemeinen und besonderen[1]) (General- und Specialvollmachten §. 1006), beschränkten und unbeschränkten Vollmacht (§. 1007.)[2]) Doch berechtigt selbst eine allgemeine unbeschränkte

Digitized by Google

Vollmacht den Machthaber nicht zu allen wie immer gearteten Rechtshandlungen im Namen des Mandanten, sondern es bedarf zu gewissen Geschäften[3]) einer auf diese Art von Geschäften (sogenannte actus mandati specialis), oder gar einer auf den individuellen Act lautenden Vollmacht (actus mandati specialissimi). §. 1008, 76.[4]) Auch das Recht, einen Substituten zu bestellen, steht dem Machthaber regelmäßig nur kraft ausdrücklicher Einräumung zu[5]) (§. 416 A. G. O.; anders aber Gesetz v. 6. Juli 1868 Nr. 96, §. 14). Daher bedarf auch der Vormund zum Zwecke der Bestellung eines Rechtsfreundes für den Mündel der speciellen Bewilligung des Gerichtes. Da die Substituirung selbst eine Vollmacht ist[6]), so gilt auch für sie die Vorschrift des §. 1008.[7])

Auch unbeschränkte Vollmacht berechtigt den Machthaber nicht, bei zweiseitigen Geschäften sich und den Machtgeber oder zwei verschiedene Machtgeber, deren Interessen entgegengesetzt sind, zu vertreten (arg. §. 1009). Daher §. 271, 272. Ausnahme, wenn der Machtgeber zu solcher Doppelvertretung ausdrücklich zustimmt[8]) oder die Natur der concreten Ermächtigung dies mit sich bringt[9]); auch folgt a contr. aus §. 271, 272, daß bei Geschäften zwischen zwei Kindern desselben Vaters oder zwei Mündeln desselben Vormundes der Vater (Vormund) beide Theile vertreten kann, weil obervormundschaftliche Ueberwachung und bezw. elterliche Liebe jede Parteilichkeit hintanzuhalten geeignet ist.

2) Bei stillschweigender Ermächtigung durch Anstellung kann der Dritte den wahrscheinlich gewollten Umfang der Ermächtigung meist nur aus den Umständen interpretiren.[10]) Allgemeine gesetzliche Interpretationsregel: §. 1029.[11]) Specielle: §. 1030. 1031.[12])

3) Bei nothwendiger Repräsentanz entscheidet das Gesetz, bezw. das den Stellvertreter ernennende Organ. Im Einzelnen: Ehelicher Vater §. 149, 152; Vormund und Curator §. 233, 234, 282; Ehemann §. 1238 in Verbindung mit §. 1029; §, 1239.[13]) Das Vertretungsrecht der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Repräsentanten der juristischen Personen ist in den bezüglichen Gesetzen und Statuten bestimmt.

Ist eine Stellvertretung Mehreren gemeinschaftlich aufgetragen, so ist regelmäßig die Mitwirkung Aller erforderlich (§. 1011 b. G. B. Art. 44 H. G. B., §. 838 b. G. B.[14]) Ebenso auch bei den Collectivorganen, welche juristische Personen vertreten.[15]) Mitvormünder und Curatoren: §. 210.

1) Diese Begriffe sind relativ; ein Vertreter für einen einzelnen Proceß kann hinsichtlich desselben proc. specialis genannt werden, ganz wohl aber proc. generalis hinsichtlich der einzelnen in der Proceßführung begriffenen Handlungen. Puchta §. 53 Note k. — 2) z. B. ein Gutsankauf, der nur im Wege öffentlicher Ersteigerung oder nur unter einem Limito stattfinden soll. — 3) Vgl. über das R.R. Holzschuher II. 2. S. 543, Heimbach Rechtslex. VII. S. 21, 22, Arndts §. 77. Ferner A. L. R. I. 13. §. 99—103, französisches G. B. Art. 1988. — 4) Arg. §. 1062, 1009 involvirt nach Entsch. G. H. 1870 Nr. 22 die Ermächtigung zum Abschluß eines Kaufes auch die zur Uebernahme des Kaufobjectes. — Streitig, ob §. 1008 a. E. sich auch

Digitized by Google

auf die im zweiten Satze aufgezählten Fälle beziehe. Die Frage ist wohl zu bejahen; dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes, und es mochten wohl die Verfasser des G. B. der mitunter bedenklichen Erfindung der actus mand. specialissimi für besondere Dringlichkeitsfälle die Spitze abbrechen wollen. Vgl. Winiwarter IV. S. 116; a. M. Ellinger ad §. 1008. — 5) Die Vollmacht als Sache persönlichen Vertrauens ist im Zweifel unübertragbar. §. 1022, 918. Nicht entgegen §. 1010, denn er behandelt nur das Verhältniß zwischen Mandanten und Mandatar, nicht das des Mandanten zum Dritten, und es wird selbst durch einen im Nothfall ohne specielle Ermächtigung Substituirten der Hauptmandant nur bei nachträglicher Ratihabition gebunden. Vgl. auch Heimbach S. 19, Arndts §. 297 Anm. 2, Vangerow III. S. 520. — 6) Freilich besteht zwischen der Substitution und einer gewöhnlichen Vollmacht der wesentliche Unterschied, daß die letztere das Recht der Vertretung einräumt, die erstere aber es nur überträgt. — 7) Befindet sich die Substituirungserklärung auf einer nach §. 1008 eingerichteten Vollmacht, dann genügt es, wenn sie nur besagt, daß man in allen darin genannten Acten substituire; diese Acte brauchen also nicht nochmals besonders aufgezählt zu werden. — 8) Z. B. der Schuldner ermächtigt den Gläubiger, den Schuldschein mit des ersteren Namen zu unterschreiben. Entsch. G. H. 1866 Nr. 14, 89, 94 [aben §. 120 Note 10.]. Dagegen Entsch. G. H. 1868 Nr. 90 [= Krall Samml. wechselr. E. Nr. 70.]. — 9) Z. B. ein Advocat, welcher im Namen des A Geld, im Namen des B Staatspapiere verwahrt, kann ersteres an B, letztere an A schon durch eine an dem betreffenden Packet angebrachte Aufschrift übertragen. Vgl. Entsch. G. H. 1865 Nr. 33, 34 [= Sammlung IV. Nr. 2010.]. Der Commissionär kann bei Verkaufscommissionen selbst Käufer, bei Kaufscommissionen selbst Verkäufer sein, und durch seinen Willen die Waare aus seinem Besitz in jenen des Committenten und umgekehrt übertragen. Art. 376 H. G. B. Eltern legen Geld in die Sparbüchse ihres Kindes. — 10) Vgl. Hahn Comm. I. S. 119 Note 2, S. 129 §. 3, S. 137 §. 10—12. — 11) Ein Hausadministrator ist demnach auch zur Einhebung der Miethzinse, nöthigenfalls auch zu deren gerichtlicher Eintreibung, ein Oekonomieverwalter zur Veräußerung der gewonnenen landwirthschaftlichen Producte, zur Dingung der Arbeiter, zur Anschaffung der zum Wirthschaftsbetrieb erforderlichen Utensilien u. dgl. berechtigt, obwohl diese Geschäfte bei ausdrücklicher Ermächtigung einer Specialvollmacht bedürfen. Vgl. Holzschuher S. 613, 543, Heimbach S. 21, 22, Arndts §. 77. — 12) Vgl. Holzschuher S. 555, 572 Note *. — 13) So auch Schindler Ztschr. f. östr. R. G. 1841. II. S. 92, Stubenrauch I. S. 302, 303. A. M. Dolliner Eherecht II. S. 258., Pachmann Kirchenrecht II. S. 342, Winiwarter IV. S. 456, arg. §. 1008, wobei aber übersehen wird, daß dieser Paragraph nur von der ausdrücklichen Ermächtigung handelt. Vgl. Entsch. G. H. 1869 Nr. 30 [= Sammlung VII. Nr. 3267.], wonach der Mann nicht berechtigt ist, ohne specielle Vollmacht seine Frau bei einem Hauskauf als Käuferin zu verpflichten. — 14) §. 838 spricht zwar nur von einer stillschweigenden Ermächtigung; es ist aber nicht abzusehen, warum bei der ausdrücklichen nicht dasselbe gelten sollte. Winiwarter IV. S. 220. — 15) Ausgenommen die unter das Handelsrecht fallenden.

Digitized by Google

C. Wirkung der Handlungen des Repräsentanten.

§. 126.

I. Handelt der Repräsentant als solcher, so gilt seine Handlung als Handlung des Vertretenen. Auch rücksichtlich der die Handlung begleitenden Gesinnung? Verhältniß zwischen ihm und dem Vertretenen. Verhältniß zum Dritten: bei offener Vollmacht, unmittelbare Vertretung, — bei geheimer Vollmacht. Insbesondere die Rechtsstellung des Commissionärs. — Fälle, in denen der Repräsentant mit offener Vollmacht dennoch nicht dem Repräsentirten erwirbt, bezw. nicht diesen verpflichtet: Zahlungsmandatar, Assignatar.

II. Handlungen des Repräsentanten in eigenem Namen, oder mit Ueberschreitung seines Vertretungsrechtes. Genehmigung.

D. Erlöschung des Repräsentationsverhältnisses.

§. 127.

1) Verhältniß des Vertretenen zum Vertreter. Freiwillige Vertretung erlischt durch das Aufhören des erforderlichen Willens: Widerruf, Aufkündigung, Tod. Dazu noch Concurseröffnung.

2) Verhältniß zum Dritten. Bekanntschaft des Letzteren mit der die Erlöschung wirkenden Thatsache. Anders im Concurs.

Nothwendige Repräsentanz.

Dritter Abschnitt: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 128.

Uebersicht.

Hat das Rechtsgeschäft die in dem vorigen Abschnitt besprochenen Erfordernisse, so ist es giltig d. i. es erzeugt das beabsichtigte Rechtsverhältniß[1]), im Gegenfalle nichtig. Zwischen beiden in der Mitte steht die Anfechtbarkeit.[2])

1) Savigny IV. S. 536: die beabsichtigte Wirkung; Unger II. S. 140: es hat juristischen Bestand. — 2) Vgl. Unger S. 141, Savigny S. 537, Puchta §. 67, Arndts §. 79, Keller §. 60. Man pflegt beide Begriffe unter dem Ausdruck Ungiltigkeit zusammenzufassen; in Wahrheit ist aber nur das nichtige Geschäft ungiltig, das anfechtbare kann nur insofern ungiltig genannt werden, als man an seine künftige Ungiltigkeit denkt. Unger S. 141 Note 3 und 3 a. — Ganz leugnet für das österr. Recht den Unterschied von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit Wehli G. H. 1868 Nr. 92 und das Gutachten der Wiener Advocatenkammer G. H. 1865 Nr. 102.

A. Von der Nichtigkeit.

§. 129.

1) Eintheilungen. Ursprüngliche Nichtigkeit, wenn es dem Geschäfte von allem Anfang an an einem wesentlichen Erforderniß (persönliche

Digitized by Google

Fähigkeit, wahrer Wille, gesetzmäßige Willensäußerung, Möglichkeit oder Zulässigkeit des Inhalts, Vertretungsbefugniß) fehlt.[1]) Nachfolgende Nichtigkeit, wenn eine nachfolgende Thatsache das Geschäft derart nach rückwärts aufhebt, als hätte es nie existirt[2]); so: Vereitelung einer Suspensivbedingung, mutuus dissensus (§. 920), Untergang der Verkehrsfähigkeit des Vertragsgegenstandes (§. 880), bei entgeltlichen Geschäften dessen Verschlimmerung um mehr als die Hälfte (§. 1048), Nichtigwerdung des Zwangsausgleichs (§. 207 C. O.) durch Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen Verbrechens des Betrugs (§. 241 C. O.), Vernichtung eines Testamentes (§. 713, 722, 788) — nicht auch späterer Wegfall eines bei der Errichtung vorhanden gewesenen Geschäftserfordernisses (§. 575)[3]), nicht die gewöhnlichen Erlöschungsgründe von Rechten (Zahlung, Verzicht)[4]), denn diese wirken nicht nach rückwärts.[5])

Absolute (für jeden Interessenten bestehende) und relative Nichtigkeit. Die letztere ist nur für Einen Theil vorhanden, dem es freisteht, das Geschäft als nichtig oder als giltig zu behandeln[6]); Fälle: Eheschließung mit einem Privathinderniß (§. 94), Zwang und Irreführung bei Verträgen (§. 870—876), hinkende Geschäfte nach §. 865[7]), nichtige Testamente ohne äußerlich sichtbare Gebrechen (§. 1487).[8])

Gänzliche und theilweise Nichtigkeit.[9]) Utile per inutile non vitiatur[10]), doch nur im Zweifel, nicht durchgreifend.

2) Wirkung. Das nichtige Geschäft existirt juristisch nicht, es ist ein nur versuchtes Geschäft[11]), daher zu seiner Sicherstellung auch weder Pfand- noch Bürgschaftsbestellung möglich (§. 449, 1351).[12]) Nullitätsquerel[13]) der Regel nach nicht nothwendig, sondern Vindication oder Condiction des Geleisteten u. dgl. zulässig, aber auch Präjudicialklage auf Nichtigerkennung des Geschäftes.[14]) Wohl aber Nichtigkeitsklage (bei sonstiger Convalescenz durch Klagverjährung nöthig) bei nichtigen letztwilligen Erklärungen (§. 1487)[15]), bei relativ nichtigen Verträgen in Folge von Zwang oder Irreführung (§. 877, 1487)[16]), bei Ehenichtigkeit wegen eines Privathindernisses (§. 94).[17]) Diese Nichtigerklärung und bei hinkenden Geschäften schon die ausgesprochene Erklärung der nicht gebundenen Partei, das Geschäft nicht zuhalten zu wollen[18]), wirkt ex tunc, wie bei der nachfolgenden Nichtigkeit die diese erzeugende Thatsache.[19]) (Vgl. §. 877).[20])

Sog. Conversion, vorausgesetzt, daß auch die andere Wirkung nicht außer der Absicht der Parteien liegt.[21]) Beispiel: §§. 1250, 602, 956, Ausstellung eines Wechsels, dem ein wesentliches Erforderniß fehlt, der aber dennoch die Erfordernisse eines Schuldscheins oder einer Anweisung an sich tragen kann u. s. w.

3) Aufhebung der Nichtigkeit. Quod ab initio non valet, non potest tractu temporis convalescere. (L. 29. D. de R. J. §. 576.) Aber neue Errichtung eines gleichen Geschäftes möglich.[22]) Daneben Fälle, in denen eine spätere Thatsache die Nichtigkeit derart aufhebt, daß das Geschäft von Anfang an als giltig zu betrachten ist: Convalescenz, Convalidation. Dahin gehört regelmäßig nicht die spätere Nachtragung eines ursprünglich mangelnden Erfordernisses[23]), wohl aber folgende einzelne Fälle:

Digitized by Google

a) die Eheconvalidation durch Wegfallen eines vorhanden gewesenen Hindernisses (§§. 88, 160)[24]);

b) die Erlöschung der Nichtigkeitsklage nach §. 1487; diesen Fällen ist verwandt

c) in gewisser Beziehung[25]) die Anerkennung eines relativ nichtigen Geschäftes durch die daran nicht gebundene Partei (§§. 870—876, 865, 1487)[26]);

d) die nachträgliche Zustimmung des Eigenthümers, dessen Sache ohne seine Einwilligung von einem Dritten veräußert oder belastet wurde[27]), und in letzterem Falle die Ersitzung durch den Belastenden;

e) die Ratihabition eines mit Ueberschreitung der Vollmacht oder ohne solche im Namen eines Dritten eingegangenen Geschäftes (§. 1016, 865).[28])

Ich Falle c liegt nur Beseitigung der Ungewißheit vor, in den Fällen d und e ein neues Geschäft mit der der Ratihabition eigenthümlichen rückwirkenden Kraft.[29])

1) Savigny S. 542 f., Unger S. 141 f. — 2) Infirmation, Entkräftung. Unger S. 143. — 3) Mancherlei Ausnahmen im römischen Recht. Savigny S. 552—554. Nach österreichischem Rechte muß mutuus dissensus (als Aufhebung des vorhanden gewesenen Willens) und der Fall des §. 880 als Ausnahme angesehen werden. — 4) Auch diese stellen hieher Savigny S. 542, Keller S. 116. Dagegen Unger S. 143 Note 16. — 5) Doch gibt es auch Fälle nachfolgender Nichtigkeit, die gleichwohl nicht nach rückwärts wirken; so das Eintreten des Endtermins, die Nichterfüllung einer Auflage. Da sie ipso jure wirken (daher nach Umständen die Zulässigkeit einer dinglichen Rückforderungsklage), enthalten sie nicht eine bloße Anfechtbarkeit. — 6) Savigny S. 541, 542, Unger S. 149—153. — 7) Vgl. Savigny S. 541. Ob §. 865 i. f. sich auch auf den Fall bezieht, wenn die Parteien bei Abschluß des Geschäftes gar nicht die Absicht hatten, die obervormundschaftliche Genehmigung einzuholen, scheint zweifelhaft. — 8) Bei äußerlich sichtbaren Gebrechen hat die Abhandlungsbehörde das Testament von Amtswegen als nichtig zu behandeln. Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 123, 126. — 9) Unger S. 153, 154, Arndts §. 79 a. E. — Ein erwähnenswerther Fall partieller Nichtigkeit ist die Veräußerung einer fremden Sache: die Besitzübertragung giltig, die Eigenthumsübertragung nichtig. Daraus erklärt sich die Wirkung der exc. rei vend. et trad. §. 366. — 10) C. 37 de R. J. in VI. — 11) Savigny S. 554. — 12) Unger S. 145, 161. Dies hindert nicht, für Geschäfte von nachfolgender oder relativer Nichtigkeit Pfand oder Bürgschaft zu bestellen, weil hier die Nichtigkeit eine ungewisse ist; nur hat die Vernichtung des Geschäftes auch die der Sicherstellung im Gefolge. Bei nachfolgender, nicht rückwirkender Nichtigkeit sind Pfand und Bürgschaft auch nur ex nunc nichtig (§. 468, 527). — 13) Vgl. über diese Erfindung der älteren Doctrin Savigny S. 540, Puchta §. 67 Note c, Unger S. 146. — 14) Unger S. 148, 149. — 15) Unger S. 147, 153 Note 50. In G. Z. 1861 Nr. 141 leitet Unger den §. 1487 ab aus §. 32 des böhmischen Landtafelpatentes und dem daselbst erwähnten Odporproceß. Nach der verneuerten

Digitized by Google

böhmischen L. O. v. 1627 sollen Testamente der Adligen in die Landtafel einverleibt werden, und so einverleibte Testamente sollen binnen 3 Jahren und 18 Wochen im Wege angebrachten rechtlichen Widerspruchs (Odporverfahren) angefochten werden, widrigens sie „weiter nicht in Anspruch genommen werden können". Dieser Odporproceß wurde im §. 32 cit. durch eine binnen 3 Jahren und 18 Wochen verjährende Bestreitungsklage ersetzt. Daraus soll §. 1487 entstanden sein. — 16) „Forderung" im §. 1487 scheint jedoch nur den Entschädigungsanspruch (§. 874) und den auf Rückstellung des durch Zwang oder Irreführung Erlangten, nicht auch die präjudicielle Nichtigkeitsklage zu umfassen. — 17) Unger S. 153. — 18) Bei den übrigen relativ nichtigen Geschäften genügt eine solche Erklärung der verkürzten Partei nicht, sondern es muß die gerichtliche Nichtigerklärung erwirkt werden (§. 1487). — 19) Ausnahmen siehe Note 5. — 20) Doch ist bei Nichtigerklärung eines Zwangsausgleiches nur der mala fide bezogene Mehrbetrag zurückzustellen. §. 241, 242, 244 E. O. — 21) Unger S. 157, 158. — 22) Unger S. 154, 163. — 23) Savigny S. 555, Unger S. 155. Eine Ausnahme macht wohl die Nachholung der fehlenden Form; vgl. Art. 7 W. O. — 24) Unger S. 156 Note 65. — 25) Im Grunde ist hier nur die Ungewißheit über die Giltigkeit entfallen, wie bei der Erfüllung einer Suspensivbedingung. Unger S. 157 Note 68 a. — 26) So wird ein von einem Minderjährigen acceptirter Wechsel durch Anerkennung nach erreichter Großjährigkeit giltig, weil die Handlungsunfähigkeit nur relative Nullität begründet. Entsch. G. H. 1866 Nr. 102 [= Peitler wechselr. Entsch. Nr. 433.]; dagegen Swoboda G. H. 1867 Nr. 42. — 27) Unger S. 156, 166 findet darin nur eine Rückwirkung der Ratihabition. — 28) Savigny S. 558. Er rechnet S. 559 hieher noch den Fall, daß ein Nichteigenthümer veräußert und später selbst das Eigenthum erwirbt. In Wahrheit kommt aber dadurch der Käufer nur factisch in die Lage eines Eigenthümers, rechtlich erst durch die Ersitzung. — 29) Freilich gilt diese Regel nur für die eigentlichen Ratihabitionen, d. i. diejenigen, die wegen Mangels der Einwilligung der betreffenden Person nothwendig werden. Vgl. Unger II. S. 168.

B. Von der Anfechtbarkeit.

§. 130.

Das anfechtbare Geschäft hat zwar juristischen Bestand, kann aber wegen eines entgegenstehenden Mangels als ungiltig angegriffen und umgestoßen werden.[1]) Fälle z. B. §. 932, 934, 1431, 1174 a. E., 1435, 947 f. u. a.[2]) Ursprüngliche und nachfolgende Anfechtbarkeit. Nicht hieher gehört aber (abgesehen von den vom Gesetze ausdrücklich erwähnten Fällen)[3]) der spätere Eintritt solcher Umstände, welche, wenn sie schon ursprünglich vorhanden gewesen wären, das Geschäft anfechtbar gemacht hätten, z. B. das spätere Eintreten des Mißverhältnisses des Preises (§. 934), das Entstehen verborgener Mängel nach dem Geschäftsabschluß (§. 927).[4])

Wirkung: Das anfechtbare Geschäft besteht, und erzeugt daher zunächst[5]) auch die beabsichtigte Wirkung.[6]) Somit Zulässigkeit von Pfand und Bürgschaft (arg. a. contr. §. 449, 1351), die aber mit der Umstoßung

Digitized by Google

des Geschäftes von selbst aufhören.[7]) Das Geschäft muß aber, um seinen Bestand zu verlieren, durch Klage oder Einrede angegriffen und durch Urtheil umgestoßen werden[8]), und die Umstoßung wirkt nur ex nunc.[9]) — Aufhebung der Anfechtbarkeit durch nachfolgende Thatsachen (unbedingte Anerkennung, Verjährung) zulässig, was aber nicht eigentliche Convalescenz ist.[10])

1) Unger S. 159. — 2) Unger a. a. O. Note 76. Nach gemeinem Rechte gehört hieher auch Zwang und Betrug, Savigny S. 558, 559. — 3) Dahin ist auch §. 936 zu zählen, Unger S. 160. — 4) Die abweichende Bestimmung des §. 1048 ist nicht als Ausnahme, sondern als ein Fall nachfolgender Anfechtbarkeit (oder Nichtigkeit? arg. §. 1048 in f.) anzusehen (§. 1435). Dafür spricht auch, daß §. 1048 nur den Fall zufälligen Unterganges, nicht jeden Entstehungsgrund des verminderten Werthes (namentlich nicht das Fallen der Preise) im Auge hat. — 5) Dieses Wort ist zu betonen; das dauernd giltige Geschäft bringt die beabsichtigte Wirkung perpetuell hervor. — 6) Es wird daher der Käufer einer mangelhaften Sache, der über die Hälfte verletzte Käufer, der Empfänger einer Nichtschuld Eigenthümer des Empfangenen, und kann Dritten daran Pfand- und andere Rechte einräumen, die dadurch nicht zusammenfallen, daß die Sache z. B. in Folge der Gewährleistungsklage an den vorigen Eigenthümer zurückgelangt. Heimbach Rechtslex. VIII. S. 56, Arndts, §. 304. — 7) Hier ist, im Gegensatz zu Note 6, vorausgesetzt, daß die anfechtbare Forderung selbst sichergestellt ist. — 8) Bei nichtigen Geschäften ist solche Umstoßung regelmäßig nicht denkbar; zwar ist auch da zuweilen Klage (§. 1487) und immer wenigstens Einrede nöthig, allein die letztere stößt nicht das Geschäft um, sondern enthält nur eine Berufung auf dessen Nichtbestand. — 9) Wird die unter der Hälfte des Werthes verkaufte Sache vom Käufer benutzt oder bona fide vernichtet oder weiter veräußert, so ist er für die Früchte oder die Vernichtung nicht verantwortlich und die Weiterveräußerung bleibt aufrecht. — 10) Savigny S. 559, 560.

Vierter Abschnitt: Rechtsgeschäfte allgemeiner Natur.

I. Der Vertrag.[1])

§. 131.

Vertrag ist die erklärte Willensvereinigung Mehrerer, wodurch ein Rechtsverhältniß[2]) unter ihnen[3]) bestimmt werden soll.[4]) Er unterscheidet sich von den anderen Rechtsgeschäften nur durch die dazu erforderliche Willensübereinstimmung mehrerer Personen. Obligatorische (Schuld-) und liberatorische[5]), dingliche[6]) (Tradition[7]), Zahlung), familienrechtliche[8]) (Verlöbniß, Ehevertrag[9]), Adoption, Legitimation, Emancipation), Erbverträge[10]) (Erbeinsetzungsverträge, Erbverzichte).

Bis auf die neuere Zeit dachte man[11]) bei Aufstellung des Vertragsbegriffes nur an den obligatorischen Vertrag. So auch das b. G. B.[12])

Digitized by Google

Viele Verträge fallen übrigens in verschiedene Gebiete. So sind Darlehens- und Pfandvertrag dinglich und zugleich obligatorisch. Die Tradition ist meist[13]) dinglich, insofern aber der Tradent von einer Verbindlichkeit befreit wird, ist sie für ihn liberatorisch.

1) Vgl. vorzüglich Savigny III. §§. 140, 141. — 2) Eine Uebereinkunft Mehrerer, sich gegenseitig zur Uebung von Tugend, Kunst, Wissenschaft anzueifern, hat kein juristisches Interesse. — 3) Daher ist das Urtheil eines Gerichtscollegiums kein Vertrag. — 4) Keller §. 62. Der Unterschied gegenüber der Savigny'schen Definition fällt in die Augen; letztere umfaßt nicht deutlich genug die Tradition und läßt die Absicht des Geschäftes nicht bestimmt hervortreten. — 5) Unger II. S. 170. — 6) Savigny III. S. 313. — 7) Exner Trad. S. 4—9. — 8) Unger S. 171. — 9) Savigny S. 319 bis 321. — 10) Das österr. Recht (§. 601, 1249) versteht darunter nur den sog. Erbeinsetzungsvertrag. — 11) Thibaut §. 444, Mühlenbruch §. 331, Mackeldey §. 353. — Die richtigere Erkenntniß verdankt man Puchta §. 237 und Savigny a. a. O. — 12) Uebrigens gibt es keine Definition des Vertrages; §. 861 sagt nur, wie eine species der Verträge, der obligatorische Vertrag, entstehe. — 13) Auch die Tradition, welche den Inhalt des Leihvertrages bildet (§. 971), ist eine wahre Tradition, aber darum noch kein dinglicher Vertrag.

II. Die Schenkung.

§. 132.

A. Rechtliche Natur.

Sehr verschiedene Geschäfte können als absichtliche Bereicherungen eines Dritten mit eigener Vermögensaufopferung auftreten. Sie heißen dann Schenkungen. Schenkung ist also nicht ein einzelnes Geschäft, sondern ein allgemeiner Charakter. Definition des §. 938. Begriffsmerkmale: 1) Vertrag mit dem Beschenkten, 2) Vermögensaufopferung, 3) Bereicherung des Empfängers, 4) animus donandi. Remuneratorische Schenkung. — Schenkungen in Rechtsgeschäften, wodurch dingliche Rechte begründet oder aufgehoben werden (Tradition, Dereliction, Verzicht), wodurch eine Forderung verschafft wird (Schenkungsversprechen, Cession), wodurch Befreiung von einer Schuld gewährt wird (Schulderlaß, Zahlung, Expromission). Eintheilungen: 1) Schenkungen im weiteren Sinne und Schenkungsverträge; 2) Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall; 3) Schenkungen einzelner Sachen und eines ganzen (gegenwärtigen oder künftigen) Vermögens oder einer Quote desselben. Schuldübernahme dabei. Keine Universalsuccession. Beschränkung der Schenkung des künftigen Vermögens.

§. 133.

B. Wirkungen der Schenkung.

I. Der Schenkung eigenthümliche: Von den drei gemeinrechtlichen Wirkungen (Verbot unter Ehegatten[1]), erschwerende Form[2]), Wider-

Digitized by Google

ruflichkeit in gewissen Fällen)[3]) ist die erstere im österreichischen Rechte (§. 1246) entfallen, die beiden andern, jedoch nur bei Schenkungsverträgen (§§. 943, 946, 954) modificirt beibehalten.

1) Erschwerende Form. Das römische Recht fordert zur Giltigkeit[4]) größerer[5]) Schenkungen die gerichtliche Insinuation.[6]) Nach österreichischem Rechte bedarf es bei Schenkungen, die in einem Traditionsact bestehen, keiner besonderen Form; die übrigen bedürfen nach dem b. G. B. (§. 943) zu ihrer Klagbarkeit der Errichtung einer schriftlichen Urkunde; seit Wirksamkeit der Not. O. v. 1871 ist dagegen die Giltigkeit eines ohne wirkliche Übergabe geschlossenen Schenkungsvertrages von der Aufnahme eines Notariatsactes abhängig (Ges. v. 25. Juli 1871, Nr. 76 R. G. B. §. 1 lit. d.).[7])

Hienach ist vollwirksam auch ohne diese Form die schenkungsweise Uebergabe einer beweglichen Sache, die in einer Tradition bestehende unmittelbare Bestellung eines dinglichen Rechtes an fremder Sache und die animo donandi erfolgte Zahlung einer fremden Schuld. Unentgeltliche Cession durch Uebergabe des Schuldscheins[8]) wird von der herrschenden Lehre nach §. 427 für zulässig gehalten; allein der §.[9]) bezieht sich nur auf die Uebergabe von Inhaberpapieren. Besitzübergabe einer im Grundbuch vorkommenden unbeweglichen Sache[10]) kann das Eigenthum nicht übertragen, allein der Klage des Schenkers steht die exc. rei donatae et traditae entgegen, so daß der ungiltig Beschenkte die Sache gleichwohl nicht herauszugeben braucht. Hingegen bedarf es bei jenen Schenkungen, die noch einer Erfüllung[11]) bedürfen (Schenkungsversprechen, Schenkung durch unentgeltliche Cession ohne Uebergabe des auf den Inhaber lautenden Schuldscheins, Expromission) der Beobachtung der Form[12]) zu ihrer Giltigkeit. Jetzt bedürfen auch solche Schenkungsgeschäfte, die einer Erfüllung nicht benöthigen und bei denen also von der Nothwendigkeit, ein Klagrecht auszuüben, nicht die Rede ist, wenn sie nicht unter die oben ausgenommenen fallen, des Notariatsactes; so der unentgeltliche Schulderlaß, animo donandi geschehene Verzichtleistung auf ein dingliches Recht, die unentgeltliche Cession einer unverbrieften Forderung.[13])

2) Widerruflichkeit. a) Im Allgemeinen. Nicht Nichtigkeit, sondern Anfechtbarkeit wegen gewisser nachfolgenden Umstände[14]); daher bleibt der Beschenkte bis zur Rückgabe Eigenthümer und kann Dritten wirksam dingliche Rechte einräumen.[15]) Der Widerruf wirkt nicht gegen Dritte, welche das Object im guten Glauben[15]) an sich gebracht haben. Die §§. 468, 527 gelten hier nicht.

Der Widerruf soll die Schenkung ganz oder theilweise auflösen, die geschenkte Sache, bezw. (nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung)[17]) die an deren Stelle getretene Bereicherung zurückschaffen. Der Widerruf entfällt daher, wenn der Beschenkte nicht mehr bereichert ist (Untergang der Sache, Dereliction, Weiterverschenken, Ausleihen an einen Insolventen, Verschwenden u. dgl.), es sei denn der Verlust von ihm dolos herbeigeführt, wo Ersatzpflicht[18]) eintritt. (§§. 947, 949, 952, 953.) Die Bereicherung bleibt aber aufrecht, wo das aus der Schenkung erlangte

Digitized by Google

Recht in ein anderes verwandelt wurde (Anlegung des geschenkten Geldes, Bezahlung von Schulden aus demselben, Verkauf der geschenkten Sache und allenfalls Ankauf einer andern aus dem gelösten Gelde).[19]) Doch bleibt die Bereicherung, die zurückgefordert werden kann, auf das ursprüngliche Maß der Schenkung beschränkt, auch wenn auf dem bezeichneten Wege eine neue Bereicherung erzielt worden wäre, und wo die geschenkte Sache nicht zurückgestellt werden kann, bildet den Gegenstand der Rückforderung nur die äquivalente Geldsumme.[20]) War ein genus (z. B. Geld) Gegenstand der Schenkung, so dauert die Bereicherung auch fort, wenn später ein gleiches Quantum solcher Sachen zu Grunde gegangen ist.[21])[22])

b) Einzelne Widerrufsfälle.[23])

α) Widerruf durch den Geschenkgeber:

1) Wegen groben Undankes des Beschenkten (§. 948).[24]) Verpflichtung zur sofortigen Rückstellung der Sache oder des Werthes, jedoch nur, wenn es der Verletzte verlangt, aber mit den seitherigen (selbst vernachlässigten) Früchten und Ersatz des sonstigen aus verzögerter Rückstellung entstandenen Schadens. (arg. §. 949 a. A.) Das mittlerweile Eigenthum ist aber damit dem Undankbaren nicht abgesprochen (vgl. §. 949). Active und passive Vererblichkeit der Klage[25]), doch sind die Erben des Undankbaren nicht unredliche Besitzer.[26]) Verzeihung hebt den Undank mit seinen Folgen auf (§. 949).[27]) Verjährung (§. 1487).

2) Wegen Verarmung des Geschenkgebers.[28]) (§. 947 a. A.) Nicht Entkräftung der Schenkung selbst, sondern höchstens Anspruch auf Verabreichung der jährlichen gesetzlichen Zinsen vom Werthe des Geschenks, (auch wenn die Sache keine Früchte trägt), bezw. von der Bereicherung, beschränkt durch den wirklichen Bedarf des Geschenkgebers und gleiche Dürftigkeit des Beschenkten (§. 947 i. f.). Passiver, nicht auch activer Uebergang der Klage auf die Erben (§. 918).

3) Wegen nachgeborener (d. i. nach erfolgter Schenkung geborener (nicht: erzeugter) ehelicher oder unehelicher (nicht auch adoptirter) Kinder, die der Schenker nicht zu alimentiren vermag.[29]) Auch nur gerichtet auf Verabreichung von 6% Zinsen mit den Beschränkungen wie sub. 2 (§. 954).[30])

β) Widerruf durch Dritte ist zulässig:

1) Wegen Verkürzung der Gläubiger (actio Pauliana.)[30a]) Erforderlich ist, daß die Gläubiger dies schon zur Zeit der Schenkung waren, und daß die Schenkung für sich oder im Zusammenhang mit anderen Unfällen der Grund der Unmöglichkeit ihrer Befriedigung ist. Die Gläubiger klagen nicht auf Bezahlung ihrer Forderungen[31]), sondern auf Rückgabe des Geschenkes (der Bereicherung)[32]) oder auf Gestattung, sich daraus bezahlt zu machen, bei dolosem Fahrenlassen des Objects auf Ersatz (§. 953). Spätere Gläubiger haben ein Klagrecht nur aus dem Titel der Beschädigung wegen allfälligen dolosen Einverständnisses mit dem Geschenkgeber (§. 953 a. E.).[33])

Specieller Fall dieses Widerrufsrechtes: Verkürzung der Unterhaltsberechtigten (Eltern, Kinder, des Gatten des Schenkers, oder derjenigen, denen ein vertragsmäßiger oder letztwillig begründeter Unterhaltsanspruch

Digitized by Google

zusteht), (§. 950).[34]) Auch hiefür gelten die eben aufgestellten Grundsätze[35]), nur geht die Klage nur passiv auf die Erben über (§. 918).

Haftung mehrerer successiv Beschenkten: §. 950 i. f.

2) Wegen Verletzung des Pflichttheilsanspruchs (inofficiose Schenkung). S. das Erbrecht.

3) Wegen nachgeborener Kinder (§. 954). Insbesondere wichtig, wenn der Geschenkgeber selbst sich dieses Rechtes nicht bedient hat oder gestorben ist.

II. Mit anderen unentgeltlichen Geschäften gemeinsame Wirkungen.

1) Wegfall der Gewährleistung (§. 922). Gleichwohl Haftung des wissentlich eine fremde Sache Verschenkenden, der diesen Umstand verschweigt, für den Ersatz des dem Nehmer dadurch entstandenen Schadens, nicht auch der entgangenen Bereicherung (§. 945).[36])

2) Ungiltigkeit einer Schenkung, welche einzig und allein auf dem vom Geschenkgeber ausgedrückten irrigen Beweggrunde beruht (§. 901 mit §. 572; vgl. oben §. 107).

3) Die einer Schenkung beigefügte Auflage (Modalschenkung)[37]) ist zu behandeln wie die Auflage bei einer letztwilligen Zuwendung (§. 901 a. E. S. oben §. 114 f.). Modalschenkung ist eine solche, welcher die Verpflichtung beigefügt ist, das Geschenkte auf eine bestimmte Weise (aber nicht für den Geschenkgeber oder einen Dritten) zu verwenden, oder sonst etwas zu thun oder zu unterlassen. Sie ist eine wahre Schenkung[38]), zwar beschränkt, aber keineswegs neg. mixtum cum donatione.[39]) Es gelten daher die für Schenkungen maßgebenden Grundsätze: das Formerforderniß, wenn das Geschäft nicht Traditionsact ist, und die Möglichkeit der gesetzlichen Widerrufsfälle. Wurden jedoch bereits Vorbereitungen zur Erfüllung der Auflage getroffen, so kann der Widerruf nur die hienach verbliebene Bereicherung ergreifen.[40]) Wirkung der Auflage:

a) die Nichterfüllung steht im Allgemeinen dem Eintritt einer Resolutivbedingung gleich. Vindication (bezw. Condiction) des Geschenkten (§. 709).[41])

b) Milderung dieses Grundsatzes: §. 710.

c) Der Geschenkgeber hat auch die Macht, auf Erfüllung der Auflage zu klagen.[42])

d) Endzweck nicht zur Pflicht gemacht[43]): §. 711.

1) Savigny S. 165—194. — 2) Savigny S. 194—224. — 3) Savigny S. 224—239. — 4) Ohne Einhaltung der Form entsteht nicht einmal eine nat. obl. — 5) 500 solidi übersteigend. — 6) D. i. Eintragung der gerichtlich abgegebenen Erklärung der Parteien in ein Gerichtsprotokoll mit allfälliger Ertheilung von Abschriften. Der Richter ist dabei nur beglaubigend thätig. Keller S. 109, 132. — 7) Dies gilt jetzt nicht nur für Schenkungsversprechen, sondern auch für schenkungsweisen Schulderlaß, da das Gesetz von dieser Form nicht nur die Klagbarkeit, sondern auch die Giltigkeit abhängig macht. — 8) Vgl. Unger II. S. 11 Note 34 a und S. 205 Note 15. — 9) Soweit er hieher gehört. — 10) Vgl. Unger S. 205 Note 14 a. —

Digitized by Google

11) Diese Schenkungen sind die bedenklichsten, daher die sie erschwerende Formvorschrift. Ist aber eine solche Schenkung giltig zu Stande gekommen, so ist ihre Erfüllung nicht wieder Schenkung, sondern Schuldzahlung. Savigny S. 53. — 12) Nach §. 943 mußte die Urkunde wenigstens von dem Schenkgeber unterfertigt sein. Unger S. 204 Note 12. Entsch. G. Z. 1874 Nr. 50 [nicht in den Sammlungen]. Einer a. A. folgt zum Theil die Praxis; vgl. Entsch. G. Z. 1856 Nr. 53 [= Sammlung I. Nr. 165.] — 13) Vgl. über das bisherige Recht Unger S. 206, 207, Kitka G. Z. 1857 Nr. 97, Entsch. G. Z. 1858 Nr. 18, G. H. 1868 Nr. 62, G. Z. 1870 Nr. 27, dagegen G. Z. 1871 Nr. 29 [= Sammlung I. Nr. 445, VI. Nr. 3061, VIII. Nr. 3695, 3983]. Der durch einen mündlichen Schulderlaß Liberirte konnte auf Rückstellung des Schuldscheines klagen (§. 1435, Unger Note 18), nicht entgegen §. 943, da er nur vom Klagerecht auf Erfüllung des Versprechens redet. Dies gilt auch jetzt noch von allen vor der Wirksamkeit der Not. O. errichteten mündlichen schenkungsweisen Schulderlässen. Entsch. G. Z. 1872 Nr. 85, 93 [= Sammlung X. Nr. 4581, 4682 (Spr. Rep. Nr. 15)]. — 14) Savigny S. 230, 231, Unger S. 159 Note 76. — 15) Eigenthum wie andere dingliche Rechte. — 16) Die mala fides hindert zwar nicht die Erwerbung dinglicher Rechte durch Dritte, macht aber ersatzpflichtig (vgl. §. 953 i. f.). — 17) Weil die Widerrufsklage zu den Condictionen gehört, nennt auch Savigny S. 231 dieselbe condictio ex lege. — 18) Savigny S. 58—73, 237 f. — 19) Savigny S. 70, 71. — 20) §. 947 und 949: „Sache oder Werth". — 21) Genera et quantitates non pereunt. Savigny S. 73. — 22) Auch bei theilweise unentgeltlichen Geschäften (§. 935, 942) findet, insoweit darin eine Schenkung enthalten ist, der Widerruf statt. Spr. Rep. Nr. 6, = G. Z. 1872 Nr. 90. [Sammlung X. Nr. 4659.] — Verzicht auf den Widerruf in vorhinein (Note 27.)? — 23) Das G. B. stellt (§. 946) an die Spitze die Regel der Unwiderruflichkeit, die wohl selbstverständlich ist. Die gleiche in §. 2 J. de don. 2. 7. ausgesprochene Regel wollte das früher unbeschränkte Widerrufsrecht des Patrons beschränken (Savigny S. 228, 229). Im österreichischen Recht wird durch §. 946 auch die freie Widerruflichkeit der m. c. don. beseitigt. — 24) Cf. L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. — 25) Anders nach R. R. Savigny S. 232. — 26) §. 949: „für seine Person". — 27) Vorausverzichtleistung auf dieses Widerrufsrecht wäre contra bonos mores Savigny S. 235, Unger S. 187 Note 54; dasselbe möchte auch von dem gleichen Verzicht des Geschenkgebers auf andere Widerrufsgründe gelten (dagegen Unger S. 184 Note 39); wichtig für das Verständniß des im §. 956 erwähnten Verzichtes. — 28) Dem R. R. ist dieser Fall unbekannt; es kannte nur das beneficium competentiae des Schenkers. Savigny S. 121. — 29) Den Streit, der über das diesfällige Widerrufsrecht des Patrons nach R. R. schon zur Redactionszeit bestand, zu entscheiden, ist der Zweck von §. 954 pr. Vgl. Unger S. 219. — 30) Ellinger ad §. 954 nennt als weitere Widerrufsfälle auch §. 1247 und 1174. Allein es handelt sich da um eine cond. ob c. n. s. bezw. ob turpem causam (Savigny S. 227 Note e und S. 170), die ganz ebenso auch bei entgeltlichen Geschäften vorkommen können. Dasselbe gilt von der Rückforderung wegen eingetretener Resolutiv-

Digitized by Google

bedingung u. dgl. — 30a) Vgl. jetzt das Anfechtungsgesetz. v. 16. März 1884, R. G. B. Nr. 36. — 31) Doch kann dem Beschenkten nicht verwehrt werden, sie zu bezahlen. — 32) Und zwar Rückgabe an den Gläubiger (oder den etwa bestellten Sequester). Im Falle des §. 950 geht die Klage direct auf Zahlung der Schuld (Alimentation). — 33) Z. B. der Schenkende äußerte sich bei der Schenkung dem Beschenkten gegenüber, daß er nunmehr vom Schuldenmachen leben werde, oder die Schenkung wird geheim gehalten, um den Credit des Schenkenden nicht zu beeinträchtigen. — 34) Die Forderung auf den Unterhalt braucht nicht schon zur Zeit der Schenkung fällig zu sein, wohl aber muß das diese Forderung begründende Rechtsverhältniß (Kindschaftsverhältniß, Leibrentenvertrag u. s. w.) bereits bestanden haben. Später geborene Kinder haben nur den Anspruch des §. 954. — 35) Modification Note 32 a. E. — 36) Ebenso nach R. R.: Savigny S. 121 Note n. — 37) Von österr. Schrftst. behandeln sie nur Stubenrauch III. S. 125, 126, der, den §. 901 übersehend, behauptet, das b. G. B. enthalte darüber gar nichts, und Unger II. S. 223—228, der sich wesentlich auf das R. R. stützt, in welchem die Modalschenkung als Innominatcontract erscheint (Savigny S. 281, Heimbach Rechtslex. VII. S. 228), daher ihr Widerruf auf dem jus poenitendi beruht. Nach österreichischem Recht muß von ganz selbständigen Grundsätzen ausgegangen werden, schon weil der Begriff des modus ein anderer ist, als nach R. R. — 38) Unger S. 191. — 39) Unrichtig Unger S. 224. — 40) Savigny S. 287, Unger S. 224. Selbstverständlich entfällt mit dem Widerruf die Verpflichtung zur weiteren Erfüllung. — 41) Darin liegt ein wesentlicher (für die vom Empfänger auf die Sache etwa gelegten Lasten wichtiger) Unterschied gegenüber anderen Widerrufsfällen, die nur Anfechtbarkeit wirken, während hier Nichtigkeit eintritt. — 42) §. 711: „angehalten werden"; §. 816: „betreiben". — 43) Dieses „zur Pflicht machen" kann schon in einem Wunsche (im Gegensatz zum Rath) gelegen sein.

III. Die Veräußerung (alienatio).

§. 134.

Veräußerung im weiteren Sinne. Anwendungsfälle des Begriffs. Gebiet, auf welchem er von Bedeutung ist. Verzicht im Gegensatz der Veräußerung im engeren Sinne. Gegenstand des Verzichtes sind Rechte. Handlungen als Gegenstand desselben? Rechte, auf welche nicht verzichtet werden kann. Erfordernisse des Verzichtes. Einseitige Verzichte. Wirkung des Verzichtes.

IV. Die Leistung.

§. 135.

A. Im Allgemeinen.

Begriff. Unterschied gegenüber dem Schuldversprechen und im eigenen Interesse vorgenommenen Handlungen. Gebiet, auf welchem der Begriff der Leistung von Bedeutung ist. Allgemeine Natur. Positive, negative, directe, indirecte Leistung. Wirkung.

Digitized by Google

B. Von der indirecten Leistung insbesondere.

§. 136.

1) Das Zahlungsmandat.

I. Wesen. Der Leistenwollende kann einen Anderen beauftragen, die Leistung auf Rechnung des ersteren vorzunehmen — vielleicht auch im Namen, jedenfalls aber auf Rechnung des ersteren, letzteres auch dann, wenn der Leistende durch die Leistung zugleich auch eine ihm ohnedies obliegende Verpflichtung erfüllt. Einzelne Fälle, bald als selbständiges Geschäft, bald als Bestandtheile eines anderen Geschäftes auftretend.

II. Wirkung. Zunächst die des Mandats. Durch Verständigung des Dritten seitens eines der Contrahenten entsteht ein Klagerecht des Dritten gegen den Mandatar, indem schon das Stillschweigen des Dritten als Annahme einer ihm vom Mandanten ertheilten Ermächtigung gilt, die Leistung einzufordern und zu behalten. Unterschied dieser Construction gegenüber der (herrschenden) Beitrittstheorie. Der Zahlungsmandatar hat regelmäßig auch gegen den Dritten jene Einreden, die er dem Mandanten hätte entgegenstellen können. Ausnahmen von dieser Regel. Soll der Mandatar dem Dritten eine Schuld des Mandanten bezahlen, so hat der Mandatar gegen den Dritten jene Einwendungen nicht, die der Mandant dem Dritten hätte entgegensetzen können. (Anders bei der Schuldübernahme.) Auftrag, den Dritten auf Rechnung des Mandanten zu beschenken: Formerforderniß? Klagrecht des Dritten gegen den Mandanten: In welchen Fällen? — Bedeutung der vollzogenen Leistung für den Mandanten, für den Mandatar.

III. Erlöschung. Wirkungslosigkeit der Erlöschungsgründe des Mandats nach erfolgter Verständigung des Dritten; unter Umständen auch vor derselben.

§. 137.

2) Die Anweisung (Assignation).

I. Wesen. Indirecte Leistung durch Ermächtigung dessen, dem geleistet werden soll, sich auf Rechnung des Ermächtigenden, aber im eigenen Interesse etwas leisten zu lassen. Unterschied vom Mandat. Inhalt und Zweck der Leistung. Zu enge Auffassung des b. G. B. Vollständige und unvollständige Assignation. Elemente der Anweisung: Ermächtigung und unwiderrufliche Zuwendung der Leistung an den Assignatar. Moderner Ursprung.

II. Wirkung. Der Assignatar darf sich als Stellvertreter des Assignanten mit der Wirkung leisten lassen, als ob letzterem geleistet würde. Ist der Gegenstand eine bestimmte Forderung des Assignanten gegen den Assignaten, dann enthält die Anweisung zugleich eine Klagsermächtigung des Assignatars, selbst wenn der Assignat nicht beigetreten ist. Haftung des Letzteren. Einwendungen. Unterschied einer solchen Anweisung von der Cession. — In anderen Fällen keine Verpflichtung des Assignaten zur Leistung, so lange er nicht beigetreten ist. Annahme der Anweisung schafft für ihn ein Zahlungsmandat.

Consequenzen aus dem Charakter der Anweisung als Vermögenszuwendung. „Anweisung ist keine Zahlung." Pflicht des Assignatars,

Digitized by Google

den Assignanten von Störungen in der Realisirung der Anweisung zu verständigen; Haftung. Pflicht des Assignatars, den Assignaten zur Zahlung der von diesen angenommenen Anweisung aufzufordern; ist dies vergeblich gewesen, kein Gewährleistungsanspruch, sondern Geltendmachung der ursprünglichen Forderung gegen den Assignanten unter den Beschränkungen des §. 1406. Keine Verpflichtung, gegen den Assignaten zu klagen. Entfallen des Rückgriffsrechts.

Uebertragung der Rechte aus der Anweisung durch eine weitere Assignation.

Wirkung der Anweisung nach erfolgter Leistung des Assignaten. Gewährleistung wegen Mängel des Geleisteten, begehrt gegen den Assignanten.

Rechtsverhältniß zwischen Assignanten und Assignaten.

III. Erlöschung. Leistung des Assignaten oder auch directe Leistung des Assignanten. Die Erlöschungsgründe des Mandats gehören nur zum Theil hieher.

II. Von widerrechtlichen Handlungen insbesondere.

§. 138.

A. Rechtliche Natur derselben.

Begriff der widerrechtlichen oder (ungenau sogenannten) unerlaubten Handlungen. Allgemeine Natur dieser Thatsachen. Erfordernisse.

1) Fremder Schaden am Vermögen, der Person, sonstigen Rechten. Doch Verpflichtung zum Ersatz des Schätzungswerthes nur bei Vermögensschäden möglich. Davon eine Ausnahme beim Schmerzengeld. — Positiver (Vermögens-) Schaden und negativer Schaden oder Gewinnstentgang. Letzterer wird nur vergütet, wenn er (in diesem bestimmten Quantum) nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten war. Erleichterung des Nachweises durch Aufstellung eines Tarifs, Fixirung seiner Höhe durch billiges Ermessen, Schätzungseid. — Interesse.

2) Herbeiführung durch eine rechtswidrige Handlung:

a) Causalnexus. Daß casus a nemine praestantur, drückt §. 1311 positiv aus: casus nocet domino. So auch der Regel nach bei Beschädigungen durch Thiere. Bei Beschädigungen durch Handlungen einer Person ist es gleichgiltig, ob der Schade die unmittelbare oder mittelbare Folge der Handlung war. Daher auch Haftung für casus mixtus, gleichviel ob der Zufall hätte vorhergesehen werden können oder nicht. Ebenso auch Haftung für den Schaden des nur mittelbar Beschädigten, jedoch nur bei Delicten, nicht auch bei bloßen Verletzungen obligatorischer Verhältnisse. Bei Mitschuld des Beschädigten an der Beschädigung Haftung nach §. 1304. Der Causalnexus fehlt, wo der Schaden auch ohne die beschädigende Handlung eingetreten wäre.

b) Rechtswidrigkeit der Handlung d. h. sie muß dem objectiven Recht entgegen sein, sie braucht nicht nothwendig auch ein subjectives Recht zu

Digitized by Google

verletzen. Delicte und Schuldverletzungen. Qui jure suo utitur nemini facit injuriam (§. 1305) besagt nur, daß eine schädigende Handlung, wenn sie dem objectiven Rechte nicht widerstreitet, keine Ersatzpflicht nach sich zieht. Ausnahmen von diesem Satze aus Billigkeitsrücksichten in den §§. 46, 76, 365, 460, 1111, 1021 b. G. B. und in einigen anderen Gesetzen. Sie dürfen nicht analogisch erweitert werden.

3) Willkürlichkeit der Beschädigung. Böser Vorsatz und Versehen. Beide enthalten ein Verschulden. Unwillkürliche Beschädigung macht im Allgemeinen nicht verantwortlich. Willkürliche Herbeiführung vorübergehender Sinnenverwirrung. Psychologischer Zwang. Schädigung durch handlungsunfähige Personen. Veranlassung derselben durch den Beschädigten selbst, Haftung der Aufsichtspersonen, eventuell der in concreto gleichwohl in culpa versirenden handlungsunfähigen Person, oder auch ohne Rücksicht auf culpa nach billigem Ermessen. Haftung insbesondere der juristischen Personen.

Leichtes und grobes Versehen. Culpa levissima nicht anerkannt. Haftung für besondere Kunstkenntnisse, wobei sich nicht der Grad der anzuwendenden Aufmerksamkeit, sondern nur der Maßstab der Beurtheilung ändert. Der Grad des Verschuldens ist insbesondere für den Umfang der Ersatzpflicht maßgebend.

Nähere Bestimmung des Gegensatzes zwischen Delicten und Schuldverletzungen. — Positive und negative widerrechtliche Handlungen.

§. 139.

B. Wirkung derselben.

Sie besteht in der Entstehung eines Ersatzanspruches ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens (bei Delicten selbständige Delictsobligation, bei Schuldverletzungen Modification des bestehenden Schuldverhältnisses), ausnahmsweise in der Erlöschung einer Gegenverbindlichkeit. Die Ersatzleistung besteht in der Wiederherstellung des vorigen Zustandes; wo diese nicht möglich ist, in der Bezahlung des Schätzungswerthes des verursachten Schadens. Gewinnentgang wird jedoch nur bei vorsätzlicher oder grobculposer Beschädigung ersetzt (Genugthuung), bei levis culpa nur der positive Schade (Schadloshaltung). Die Tilgung der verursachten Beleidigung (§. 1323) geht auf die bei beleidigenden Ehrenkränkungen nach Umständen eintretende Verbindlichkeit zum Widerrufe der Verläumdung. — Schmerzensgeld, ein Rest der germanischen Strafbuße.

Volenti non fit injuria. Mitverschulden des Beschädigten führt zur Mithaftung desselben, wo nicht der Beschädiger in dolo ist.

Subject der Schuld ist der Regel nach nur der Beschädiger. Wo auch ein Anderer haftet für einen von dem Beschädiger verschuldeten Schaden, hat Ersterer Regreßansprüche. Für das Affectionsinteresse haftet übrigens nur der unmittelbare Beschädiger. Die Erben des Ersatzpflichtigen haften nach österreichischem Rechte wie für jede andere Schuld.

Die Bestrafung strafbarer Beschädigung ist im heutigen österreichischen

Digitized by Google

Rechte nie Sache der Civilgerichte; vor diese gehört nur der Ersatzanspruch. Adhäsionsproceß vor Strafbehörden. Der Competenz der Gerichte entzogene Ersatzansprüche.

Zweite Abtheilung: Die Zeit.[1])

§. 140.

A. Einfluß der Zeit auf die Rechtsverhältnisse überhaupt.

Die Zeit entweder für sich allein oder in Verbindung mit anderen Thatsachen Rechtsverhältnisse erzeugend, umändernd oder zerstörend. Wirksam als Zeitpunkt (Termin) und als Zeitraum (Frist), und wirksam werdend entweder kraft gesetzlicher Anordnung oder durch Parteiwillen oder Ausspruch des Richters. Hauptfälle:[2])

1) Ein Rechtsverhältniß entsteht erst nach Ablauf einer gewissen Zeit (Rechtsgeschäfte mit Anfangstermin, kraft Gesetzes z. B. §§. 685, 687, 1243), oder es hört mit einem bestimmten Termin auf (§§. 1449 vgl. 1243, 1367).

2) An einen gewissen Zeitablauf knüpft sich eine widerlegliche oder unwiderlegliche Vermuthung; so §§. 156, 158, 384, 1075, 1082, 1232 u. a., insbesondere auch die Fälle der Verjährung und Ersitzung.[3]) Zuweilen wird die Vermuthung dadurch begründet, daß eine Thatsache innerhalb eines Zeitraumes vorfällt (§§. 138, 924, 925).

3) Die Zeit wird sonst maßgebend dadurch, daß innerhalb eines Zeitraumes eine gewisse Thatsache vorfällt oder unterbleibt (§§. 120, 1116[4]), 1118[5]) u. s. w.), oder daß die Zeit sonstwie mit einer juristischen Thatsache in Verbindung tritt.

1) Vgl. Savigny Syst. IV. §. 177—201, Puchta Pand. §. 73—77, Arndts §. 87—91, Keller §. 72—77, Windscheid §. 102—113, Vangerow I. §. 194—197, Johanny über Zeitrechnung in der G. H. 1865 Nr. 16, Geller über Zeitberechnung in der G. Z 1872 Nr. 99—101, (dem aber Johanny's Aufsatz unbekannt geblieben zu sein scheint). — 2) Savigny §. 177, Keller §. 76, Arndts §. 87, Windscheid §. 102, Unger §. 103. — 3) Die Verjährung beruht auf der Vermuthung der Tilgung der Verbindlichkeit, die Ersitzung auf der des rechtmäßigen Erwerbes. Savigny V. S. 268 f., Windscheid §. 105. — 4) Die Aufkündigung muß in der Zeit vom Beginn der Pachtung bis 6 Monate vor Ausgang derselben erfolgen. — 5) Die Zahlung muß durch zwei Termine unterblieben sein.

§. 141.

B. Insbesondere von der Verjährung.

Verjährung im weitern und engeren Sinne. Ersitzung. (Extinctiv- und Acquisitivverjährung.) Rechtfertigung des Instituts durch Rücksichten der Billigkeit und Nützlichkeit. Der Verjährung im weiteren Sinne entzogene Rechte. Insbesondere der Ersitzung entzogene Rechte. Ersitzbar sind nur: das (vollständige, wie das getheilte) Eigenthum, Servituten,

Digitized by Google

Reallasten und privatrechtliche Monopole und einige aus dem öffentlichen in das Privatrecht verpflanzte an fremden Grundstücken ausgeübte Berechtigungen (Jurisdictions-, Patronatsrecht).

Verjährung im engeren Sinne. Nur wenige Rechte (Servituten und einige obligatorische Rechte) erlöschen durch dauernde materielle Nichtausübung (Rechtsverjährung), wohl aber ist die Verjährung eine allgemeine Erlöschungsart der vermögensrechtlichen Klagsansprüche durch Unterlassung ihrer Ausübung (Anspruchsverjährung).

Deutschrechtliche Verjährungsfälle, die zugleich Verlust- und Erwerbsfälle sind, bei denen aber der Erwerb nicht durch Ersitzung, sondern dadurch bewirkt wird, daß an dem durch Verjährung verlorenen Rechte nunmehr eine andere, vorher unanwendbar gewesene Erwerbsart wirksam wird: 1) Eigenthumserwerb des Finders an der von einem Anderen verlorenen Sache (§. 392, Occupation). 2) Eigenthumserwerb an dem avulsum (§. 412, Accession). 3) Tabularersitzung (§. 1467, Intabulation). Der letztere Fall nun beseitigt durch das Grundb. Ges. v. 1871 §§. 63 f.

Unvordenkliche Verjährung im österreichischen Rechte nicht anerkannt.

Etwas Anderes als Verjährungsfälle sind die Präclusivfristen, in denen das objective Recht für die Ausübung gewisser Rechte von vornherein eine bestimmte Zeitgrenze gesetzt hat. Beispiele von solchen. Die ältere Theorie kannte diesen Unterschied nicht.

§. 142.

C. Die Zeitberechnung.

Kalender- und bewegliche Zeit. §. 902 setzt voraus, daß das Gesetz einen Zeitraum nach Tagen, Monaten oder Jahren bestimmt habe; da wird der Schalttag als besonderer Tag gerechnet. Bei Bestimmung durch Parteiwillen oder Richterspruch Interpretationsfrage, im Zweifel im Sinne der Kalenderrechnung zu lösen. Kalenderrechnung auch bei der Berechnung des Lebensalters und der davon abhangenden rechtlichen Folgen.

Natural- und Civilcomputation. Die letztere auch im österreichischen Recht die regelmäßige. Ob der Tag, in welchen die den Anfangspunkt der Frist bildende Thatsache fällt, als erster mitzurechnen sei oder nicht, ist streitig. Die verneinende Meinung ist die richtige. Als Endpunkt ist regelmäßig die dem mathematischen Endpunkt zunächst folgende Mitternacht anzusehen, dann jedoch die ihm vorausgehende, wenn der Ablauf der Frist den Erwerb von Rechten oder rechtlichen Vortheilen bewirken soll §. 903. (Anwendung auf die Ersitzung, Erlangung der Testirungsmündigkeit und Adoptionsfähigkeit, Verbotsfrist des §. 120 — Verjährung u. s. w.). Grund dieser Verschiedenheit.

Fälle, in denen der Zeitraum, damit die Rechtswirkung eintrete, überschritten sein muß, unterliegen der regelmäßigen Berechnung. — Fälle der Naturalcomputation. — Tempus utile des römischen Rechtes im österreichischen entfallen. Nachklänge desselben in der österreichischen Gesetzgebung.

Digitized by Google

Dritte Abtheilung: Von den Privilegien.[1])

§. 143.

A. Rechtliche Natur derselben.

Gleichfalls juristische Thatsachen von allgemeiner Bedeutung. Privilegium im objectiven Sinne (lex specialis) ist eine zu Gunsten oder zum Nachtheil[2]) einer gewissen Person durch specielle Verfügung der Staatsgewalt getroffene Ausnahmsbestimmung von dem allgemeinen Rechte; im subjectiven Sinne ist es das dadurch begründete Rechtsverhältniß. Elemente des ersteren Begriffes:

1) Unmittelbare Verfügung der Staatsgewalt als solcher[3]); die Tendenz geht immer dahin, die Anwendbarkeit bestehender Gesetze auf bestimmte Individuen auszuschließen, was nur die Gesetzgebung kann. Doch können durch ein Gesetz auch andere Organe innerhalb gewisser Grenzen ermächtigt werden, Privilegien zu ertheilen[4]), z. B. das Handelsministerium hinsichtlich der Industrieprivilegien, die Gerichte hinsichtlich der Ertheilung der venia aetatis, das Ministerium des Innern [jetzt die Landesstelle] hinsichtlich der Namensänderungen u. s. w.

2) Specielle Verfügung, d. i. für eine bestimmte Person, die aber auch durch eine Sache oder eine Forderung bezeichnet sein kann[5]), geltend. Gilt die Verfügung für eine ganze Classe von Personen, so ist sie, wenn auch Ausnahmsbestimmung, eigentliches Gesetz (singuläres Recht), wenngleich man sie auch Privilegium im weiteren Sinne nennt[6]); sie erzeugt erst durch das Hinzutreten des vorausgesetzten Thatbestandes subjectives Recht.[7])

3) Ausnahmsbestimmung d. i. die aus dem allgemeinen Rechte nicht hervorgeht. Was nur Anwendung des letzteren ist[8]), ist nicht Privilegium.

Kundmachung entweder wie bei gewöhnlichen Gesetzen, oder nur Mittheilung an die betreffenden Personen. Im letzteren Falle muß das Privileg im Streitfalle bewiesen werden.

Inhalt so verschieden, wie der Inhalt der allgemeinen Rechtsnormen[9]); im Allgemeinen enthalten favorable Privilegien entweder Ermächtigungen zu Handlungen, die anderen in gleicher Lage befindlichen Personen untersagt sind, (Autorisationen, affirmative Privilegien), oder Loszählungen von Verpflichtungen, die sonst Personen dieser Art obliegen (Dispensationen, negative Privilegien).[10]) Beispiele der häufigsten Privilegien:

1) Ertheilung der Rechts- oder Handlungsfähigkeit: Bewilligung eines Vereins, Großjährigkeitserklärung (§. 252)[11]), Ertheilung der Lehensfähigkeit[12]), Erbfähigkeit[13]) u. s. w.

2) Entziehung der Rechts- oder Handlungsfähigkeit: Curatel-Verhängung wegen Geisteskrankheit oder Prodigalität, Ausschließung einer Corporation von dem Erwerb unbeweglicher Güter u. s. w.

Digitized by Google

3) Ertheilung persönlicher Auszeichnungen: Adel, Titel, Orden, oder politischer Rechte: Staatsbürgerschaft, Indigenat, Gemeindebürgerschaft, Jahr- oder Wochenmarktsprivilegien[14]) u. s. w.; oder Entziehung solcher Vorzüge.[15])

4) Zugestehung von Familienverhältnissen: Legitimation[16]), Adoption, Eheconvalidation durch nachträglichen Dispens u. s. w.

5) Zugestehung von concreten Erbrechten: Bewilligung zur Errichtung eines Familienfideicommisses (§. 627).

6) Ertheilung von Monopolen, d. i. von ausschließlichen Berechtigungen zu gewissen gewinnbringenden Unternehmungen: Bergbauconcessionen, Industrieprivilegien, Gewerbs- und Eisenbahn-Concessionen u. s. w.

7) Gestattung sonst verbotener Geschäfte: Zinsenprivilegien, Ermächtigung zur Emission von Inhaberpapieren (§. 1001 und Anhang Nr. 65), zur Umwandlung, Belastung, Veräußerung, Auflösung eines Fideicommißgutes (§§. 633—635, 644), zur Veräußerung des Pfandes ohne gerichtliche Intervention[17]), Dispens von Ehehindernissen, Gestattung morganatischer Ehen.[18])

8) Ertheilung concreter Vermögensrechte: Belohnung des Vormundes (§. 266).

9) Einräumung von Befugnissen, die sonst nur der Staatsgewalt zustehen: Expropriationsbefugnissen[19]), Jurisdictionsrechten[20]), Rechten zur Ausübung eines Regals u. s. w.

10) Befreiung von öffentlichen Verpflichtungen: Steuerprivilegien, Militärbefreiung, Prüfungsdispense u. s. w.

1) Vgl. Unger I. S. 51—53, 580—596, 632—634, II. S. 312—322, Puchta Pand. §. 31, Arndts §§. 23, 57, Zöpfl im Staatslex. XI. S. 153 ff., Holzschuher I. S. 132—144, Windscheid §. 135 f. — 2) Priv. favorabilia und odiosa. Windscheid §. 29, 135 bestreitet, daß privilegium in den Quellen jemals für priv. odiosa gebraucht werde; auch im deutschen denke man unter Priv. nur Begünstigungen. Allein wie soll man die Prodigalitätserklärung, die Entziehung eines Ordens u. dgl. nennen? — 3) D. h. in der Ausübung ihrer Hoheitsrechte. Daher gibt es keine priv. conventionalia, da bei solchen der Regent als Contrahent eines privatrechtlichen Vertrages, also als Privater erscheint. Unger II. S. 413 Note 3. Es ist daher unrichtig, wenn Gerber Syst. §. 67 Note 9 und Gengler Lehrb. S. 190 die Uebertragung der Ausübung eines sog. Regals an Private ein Privilegium nennen; der Act ist ein privatrechtlicher, wie Belehnung, Verpachtung u. dgl. — 4) Dagegen zwar die herrschende Meinung, welche Verleihung durch den Regenten für wesentlich hält. Vgl. Puchta §. 31, Holzschuher S. 136, Arndts §. 23, Harum Mag. XV. S. 241 f. u. A. Dagegen aber Unger II. S. 312 Note 2, Windscheid §. 136. Die Verfügung bleibt trotzdem eine lex specialis, denn die an die Behörde gerichtete Weisung hat nur die Natur eines beschränkten Mandats. Vgl. auch Zöpfl S. 155 f. — 5) Daher werden die Priv. im subjectiven Sinne in priv. personalia, realia und causalia eingetheilt. Vgl. Unger I. S. 581, 582, 589, Windscheid §. 135 Note 6. — 6) Unger I. S. 51. — 7) Z. B. die Bestimmung, daß Militärpersonen sog. privil. Testa-

Digitized by Google

mente errichten können. — 8) Gerichtliche Urtheile und behördliche Entscheidungen in streitigen und Strafsachen. — 9) Puchta §. 31. — 10) Unger I. S. 52, Holzschuher I. S. 136 Nr. 8, 9. Die Praxis nimmt es mit diesen Bezeichnungen nicht genau. Die sog. Ehedispense z. B. sind offenbar Autorisationen. — 11) Im Röm. und deutschen Recht erfolgte sie durch Concession des Regenten. Arndts §. 36, Gengler Lehrb. S. 189. — 12) An Unadelige rücksichtlich der landesfürstl. Ritterlehen. Heinke Lehenr. §. 24. — 13) Z. B. Hofd. v. 11. Jänner 1834 (Anhang Nr. 48) zu Gunsten der Bruderschaft der ottomanischen Unterthanen in Wien. — 14) Früher vom Regenten, nun von der Landesstelle verliehen. Min. V. v. 10. Jänner 1853. Etwas anderes die Marktprivilegien von Bozen (Jurisdictionsrecht während der Marktzeit und sonstige Begünstigungen). — 15) Erfolgt sie jedoch durch ein Strafurtheil, so liegt darin nur Anwendung der bestehenden Gesetze. — 16) So auch Windscheid §. 135 Note 5. — 17) Dieses Privilegium haben einzelne Banken rücksichtlich der ihnen verpfändeten Effecten und die Versatzämter. Das gleiche Recht der Sparkassen und derjenigen, welche das Pfand auf der Börse durch Vermittlung eines Sensals erlangten, ist Priv. im weiteren Sinne. — 18) Vgl. Windscheid §. 135 Note 5. — 19) Regelmäßig den Eisenbahnunternehmungen ertheilt; doch expropriirt nicht die Unternehmung, sondern es wird für sie expropriirt. — 20) Ein solches genießt z. B. der deutsche Orden über seine Mitglieder.

§. 144.

B. Wirkung derselben.

Sie besteht in der Entstehung eines Privilegiums im subjectiven Sinne. Das dadurch gewährte Recht (Vortheil, Nachtheil) unterscheidet sich von anderen Rechten (Vortheilen . . .) nur durch den Entstehungsgrund. Meist denkt man, wenn man von Privilegien im subjectiven Sinne spricht, in der Gesetzessprache nur an begünstigende. Nur von diesen ist auch hier die Rede.

Der Inhalt richtet sich nach dem Inhalte der concreten Concession; es gibt keinen speciellen, nur Privilegien zukommenden Inhalt, alle Classen subjectiver Rechte können möglicherweise in der Form eines Privilegiums auftreten.[1]) Doch hat jedes Privilegium kraft seiner eigenthümlichen Entstehung die Natur einer Ausnahmsbegünstigung (zu Handlungen: Privilegium im engsten Sinne, oder „Befreiung" von allgemeinen Verpflichtungen) — eine Eigenthümlichkeit, die jedoch auch den Privilegien im weiteren Sinne zukommt.[2])

Die ältere und zum Theil auch die neuere Doctrin behauptet noch andere Eigenthümlichkeiten der Privilegien im subjectiven Sinne.[3]) Ausschließung der ausdehnenden Interpretation[4]), eigenthümliche Erlöschung (z. B. durch Mißbrauch[5]), Geltung besonderer Regeln für Collisionsfälle[6]) u. dgl. So noch das Jos. (§§. 16—21) und Westg. G. B. (I. §§. 51—54). Anders das a. b. G. B., welches (§. 13) bestimmt ausspricht, daß Privilegien so zu beurtheilen sind, als seien sie nicht durch Specialconcession entstanden. Dies ist auch zu billigen; ob ein Recht durch

Digitized by Google

besondere Concession oder auf anderem Wege entstanden ist, ist ja für seine Natur, Inhalt und Wirkung ohne Einfluß.

Für einzelne Arten der subjectiven Privilegien bestehen aber specielle Erlöschungsarten. Hofkanzld. v. 25. Mai 1792[7]): Erlöschung gewisser Privilegien, wenn sie nicht binnen Jahresfrist nach eingetretener Regierungsveränderung zur a. h. Bestätigung vorgelegt werden, wofern von dieser Vorlegung nicht ausdrücklich dispensirt wurde.[8])

Personal-, Real-, Causalprivilegien.[9]) Uebertragbare und unübertragbare Privilegien[10]): privatrechtliche sind meist übertragbar, andere regelmäßig nicht; doch kommt es auf Natur und Zweck des einzelnen Privilegs und die besonderen gesetzlichen Verfügungen an.[11]) Beschränkte Vererblichkeit gewisser unübertragbarer Privilegien z. B. des Adels, der persönlichen Gewerbe.

1) Windscheid §. 135. — 2) Vgl. Arndts §. 23, Puchta §. 30 u. A. — 3) Vgl. bes. Unger I. S. 592—596. — 4) Vgl. dagegen Unger I. S 87. — 5) So noch Puchta §. 31 und die älteren Auflagen v. Gerber's Syst. §. 67; dagegen die 7. Aufl. ebda. a. E. Arndts §. 57. — 6) Hiezu Unger I. S. 632—634. — 7) Pol. G. S. I. S. 91, Winiwarter Handb. I. S. 54. Ueber die sog. privilegia ad beneplacitum, denen nach c. 5. in VI. de rescr. 1. 3. eine auf die Lebenszeit des Verleihers beschränkte Dauer anklebt, vgl. Arndts §. 57, Holzschuher I. S. 141 Nr 39. — 8) Solche Dispensen erfolgten zuletzt durch Hfkzld. v. 16. Jänner 1836 (Winiwarter Handb. I. S. 55) und Min. Erl. v. 6. Juni 1853 Z. 9451 (Stubenrauch II. S. 622 Note †). — 9) Unger I. S. 588, Arndts §. 23; Puchta §. 31 nennt nur personale und Realprivilegien; ebenso Windscheid §. 29, doch theilt er die letzteren in priv. rei und causae. — 10) Unger S. 589—592. — 11) Unger S. 582—586.

Sechstes Hauptstück: Schutz der Rechtsverhältnisse.[1])

Einleitung.

§. 145.

Jedes Rechtsverhältniß involvirt für eine bestimmte Person den Anspruch auf ein entsprechendes Verhalten von Seite Aller oder von Seite bestimmter Personen. Es muß daher auch Mittel geben, Störungen des vom objectiven Rechte angestrebten Gleichgewichtes zu verhüten, und, wenn sie schon eingetreten sind, wieder zu beseitigen. Rechtsschutz, rechtliche Schutzmittel, entweder durch eine dahin abzielende Thätigkeit des Verletzten selbst oder durch Mithilfe der staatlichen (richterlichen) Gewalt. Daher im Folgenden: Lehre vom Selbstschutz, vom gerichtlichen Schutz und von den Schutzmitteln gegen mögliche Rechtsverletzungen.

Digitized by Google

1) Savigny Syst. V. VI. VII., Puchta Pand. §§. 78—99, Arndts §§. 94—116, Vangerow I. §§. 132—174, Windscheid §§. 43—48, 105 bis 112, 123—134, Unger II. S. 323—692.

Erste Abtheilung: Der Selbstschutz.[1])

§. 146.

Selbstschutz kann als Angriff gegen den Verletzer (Selbsthilfe), oder als Vertheidigung (Selbstvertheidigung[2]) vorkommen. Selbsthilfe ist in einem geordneten Staatswesen im Allgemeinen unzulässig[3]), Selbstvertheidigung im Falle der Noth zulässig. Erstere sowohl, als auch Ueberschreitung der Grenzen der letzteren sind zu Schadenersatz verpflichtende Delictshandlungen (§. 19 b. G. B.).[4])

I. Selbsthilfe liegt in jeder zum Zwecke der Durchsetzung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtsanspruchs mit Umgehung der Behörde unternommenen Angriffshandlung. Sie setzt voraus:

a) einen (unbefriedigten) Anspruch, der ordnungsmäßig vor der Behörde verfolgt werden sollte. Sie liegt also nicht in der Ausübung eines Rechtes gegen einen Andern, so lange dessen Willensübereinstimmung vorhanden ist[5]), auch nicht in der Ausübung eines nicht gegen einen Anderen gerichteten Rechtes, z. B. des Eigenthums[6]);

b) eine Angriffshandlung (gegen einen bestimmten Gegner gerichtet, zur Durchsetzung des Anspruchs geeignet, positiv, und nicht nach Lage der Umstände als bloßer Vertheidigungsact erscheinend). Nicht Selbsthilfe enthalten daher die eigenmächtige Besitznahme einer Erbschaft[7]), eine Drohung[8]), die Verweigerung einer Schuldzahlung, die Ausübung eines Retentionsrechtes[9]), Handlungen, wodurch man sich in der Ausübung einer Servitut zu behaupten sucht.[10])

c) Absicht der Rechtsdurchsetzung. Selbsthilfe liegt also nicht in einer zu anderem Zwecke, im Irrthum oder Noth unternommenen Handlung, die übrigens trotzdem ein Delict enthalten kann.

Jede Selbsthilfe ist im Allgemeinen unzulässig. Daher §. 320. Doch gelten Ausnahmen:

1) Wäre unwiederbringlicher Schade zu besorgen, so ist der angemessene Grad der Selbsthilfe (z. B. Abnahme der entwendeten Sachen, wenn man den Dieb auf der Flucht ertappt)[11]), zulässig; sonst wäre das Recht in manchen Fällen schutzlos; auch würde ja der vom Angegriffenen angestellten possessorischen Klage die exc. vitiosae possessionis entgegenstehen.

2) Das Recht der Privatpfändung (§. 1321).[12]) Der Pfändende ist aber dadurch nicht schon von selbst zur Veräußerung berechtigt. Auch dürfen wegen Grundbeschädigung nicht auch andere beliebige Pfändungen vorgenommen werden.[13])

II. Auch die Selbstvertheidigung, wenngleich weniger bedenklich, ist nur ein Nothbehelf und nur innerhalb gewisser Schranken erlaubt (Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae). Sie darf nur unter Umständen, wo

Digitized by Google

die staatliche Hilfe zu spät kommen würde[14]), und nur mit den Mitteln, die sich als nothwendig ergeben, geübt werden, (§. 344: „angemessene" Gewaltanwendung, Strafg. §. 2. lit. g: „nöthige" Vertheidigung) §. 19 b. G. B. — Uebrigens ist ein in continenti erfolgender Gegenangriff des aus dem Besitze Verdrängten zur Wiedererlangung der Sache nur Selbstvertheidigung[15]); daher St. G. B. §. 83 nur den Einfall in den ruhigen (unangefochtenen) Besitz für strafbar erklärt.

Harmonirend mit dem Gesagten §. 1321[16]), und es gilt dies auch vom Honigraub durch fremde Bienen[17]) (§. 15 b. Pat. v. 8. April 1775, §. 383 b. G. B.). Doch ist auch das Tödten des fremden Thieres erlaubt, wenn es als eine durch die Umstände gebotene Maßregel erscheint.[18]) Daher Forstgesetz v. 1852 §. 65.

1) Unger II. S. 337—345, Puchta §. 80, Arndts §. 94, Bangerow §. 122, 123, Windscheid §. 123, Gerber §. 68—71. — 2) Unger S. 338, welcher aber bemerkt, daß „Selbsthilfe" auch = Selbstschutz oder Eigenmacht überhaupt gebraucht wird. — 3) So schon das röm. R. (Windscheid §. 123); gegen die abweichende Meinung Puchta's (Vorl. I. S. 180, Pand. §. 80) vgl. Unger II. S. 341 Note 12. Weniger abgeneigt der Selbsthilfe ist das deutsche Recht: Gengler Lehrb. S. 195—199, Gerber §. 69. Vgl. über das ungarische Recht: Trip. I. 6 8. — 4) Entsch. G. H. 1869 Nr. 31 [= Sammlung VII. Nr. 3245]. Das eigenmächtig Abgenommene kann im possessor. Wege, wie mit der Delictsklage zurückverlangt werden. (§§. 1323, 1324. Unger S. 342). Strafe tritt nur ein, wenn die Handlung unter das Strafgesetz fällt. (Nicht entgegen Min. V. v. 30. Sept. 1857 Nr. 198 R. G. B., da sie nicht Privatrechtsgesetze im Auge hat. Vgl. Entsch. in der österr. Zeitschr. f. Verwaltung 1868 Nr. 5 und Entsch. G. Z. 1869 Nr. 13 [= Riehl I. S. 38.]; anders die Min. E. in der Verw. Zeitschr. 1870 Nr. 2). Dagegen hat das röm. Recht Privatstrafen der Selbsthilfe. (Arndts §. 94, Windscheid §. 123, Unger S. 342 Note 16, Bangerow I. §. 133 a. E.) — 5) Z. B. Man beginnt ein bestelltes Weiderecht auszuüben, oder bezieht die gemiethete Wohnung in Abwesenheit des Vermiethers. — 6) z. B. §. 422; dazu Unger S. 343 Note 17 a; so auch Entsch. G. Z. 1869 Nr. 93 [= Sammlung VII. Nr. 3527]. — 7) Dagegen Zeiller bei §. 797, Stubenrauch I. S. 120. — 8) Doch ist eine Drohung, welche Erfolg hat, ein Act der Selbsthilfe, es sei denn der Fall einer sog. gerechten Furcht vorhanden; vgl. Unger S. 340 f. — 9) Früher fand man darin oft einen Fall der Selbsthilfe. Vgl. Unger S. 338 Note 2. — 10) Eigenmächtige Beseitigung einer zur Verhinderung einer bisher ausgeübten Wegegerechtigkeit gemachten Vorrichtung durch den Servitutsbesitzer ist nur Selbstvertheidigung. — 11) Unger S. 343, L. 10. §. 16. D. quae in fraud. 42. 8. Windscheid §. 123. — 12) Vgl. Gerber §. 69—71; anders das röm. R. L. 39. §. 1 ad leg. Aquil. 9. 2. L. 14. §. 3. D. praescr. v. 19. 5. — 13) Ein besonderes Recht des Jagdberechtigten ist, das Gewehr u. s. w. des Wilderers zu pfänden. Weiter geht das deutsche Recht. Gerber §. 70. Vgl. Unger S. 343 Note 19. — 14) Unger erwähnt dieser Beschränkung nicht, und erklärt daher S. 338, 344 die Selbstvertheidigung, so lange sie

Digitized by Google

eine solche bleibt, für erlaubt. Dagegen aber §. 344 b. G. B. — 15) Unger S. 344 Note 20a. — 16) Ebenso L. 39. D. ad leg. Aquil. 9. 2. —17) Vgl. L. 27. §. 12 eod. — 18) Unger S. 345 und die daselbst Citirten.

Zweite Abtheilung: der gerichtliche Schutz.[1])

§. 147.

Einleitung.

Der ordnungsmäßige Rechtsschutz ist der gerichtliche. Jedermann hat darauf Anspruch (§. 19), und es kann darauf nicht wirksam verzichtet werden (Hofd. v. 10. December 1819, Nr. 1635 J. G. S.).[2]) Richterliche Hilfe wird nur gewährt nach vorausgegangener gesetzmäßiger Untersuchung: Klage, Aufforderung zur Vertheidigung, Einrede, weitere Vorbringungen, Beweis, jedoch nur der acta et allegata mit Außerachtlassung aller übrigen selbst dem Richter persönlich bekannten Thatsachen[3]), Urtheil, eventuell gerichtliche Vollstreckung. Das Wesen dieses Verfahrens ist ein Streit über ein bestimmtes Privatrechtsverhältniß, daher Rechtsstreit, Civilproceß. Streitiges Verfahren. Streitparteien.

Daneben aber auch Privatrechtsverhältnisse, die insofern „unter einem besonderen Schutz der Gesetze stehen" (§. 21), daß der Richter von Amtswegen, d. h. ohne erst einen Antrag der Parteien abwarten zu müssen, einschreitet und für ordentliche Klarstellung des Thatbestandes sorgt (Untersuchungsmaxime).[4]) Dahin gehören gewisse Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern (§§. 142, 145, 148, 178, 1221 u. a.), Vormundschafts- und Curatelangelegenheiten (§§. 187, 217, 239, 282 u. a.), Familienfideicommißangelegenheiten (§. 627), Besitznahme der Erbschaft durch den Erben (§§. 797, 798), bis zum Gesetze vom 12. Juli 1872 Nr. 112 R. G. B. auch die Beschädigung einer Partei durch den Richter in Ausübung des Richteramtes (§. 1341), ferner Beschädigungen, welche zugleich ein Strafverfahren zur Folge haben (§. 1340). In diesem nicht streitigen Verfahren (officiöser Rechtsschutz) besteht die Thätigkeit des Richters entweder in Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten oder in der Intervention bei Begründung oder Sicherung von Rechtsverhältnissen.

In beiden Richtungen lehrt das materielle Recht (sogenanntes Actionenrecht)[5]) nur, was Gegenstand des gerichtlichen Rechtsschutzes ist, und welchen Einfluß der begonnene oder beendigte Rechtsstreit auf das streitige Rechtsverhältniß ausübt. Alles übrige gehört dem Proceßrechte an.

1) Prinz Das allg. Actionenrecht oder die Lehre vom Anspruche auf der geschichtl. Unterlage des gem. und preuß. R. Dogmatisch entwickelt und als leitendes Princip für jede Proceßgesetzgebung begründet. Breslau 1870. (Darüber Bekker Krit. V. J. Schr. XII. S. 587—596). Bekker Die Actionen des röm. Privatrechtes. Berlin 1871, 1873. — 2) Das Hofd. sagt dies nur von Verträgen von Privaten mit dem Aerar, es gilt aber allgemein, da die Ertheilung eines Freibriefes für Rechtskränkungen der staatlichen Ord-

Digitized by Google

nung widerspricht (arg. §. 937; cf. §§. 1387, 1389, 1396 u. a.). Darum ist auch ein Compromiß, wonach Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältniß von einem der Contrahenten als Schiedsrichter entschieden werden sollen, ungiltig. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 104 [= Sammlung VIII. Nr. 3933]. — 3) Diese dem Richter obliegende Passivität ist das Charakteristische des streitigen Verfahrens. — 4) An der Ausübung dieser Privatrechte ist auch dem Staate gelegen, sie sind nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegen das Gemeinwesen. Insbesondere kann es den Parteien nicht schlechthin überlassen werden, ob Familienrechte verfolgt oder deren Verfolgung unterlassen werden soll. Darum muß auch das Verfahren ein solches sein, in welchem das Staatsinteresse zur Geltung gelangt. Nur im Adhäsionsproceß ist das Motiv des officiosen Verfahrens bloß die Zweckmäßigkeit. Immer aber beruht das officiose Verfahren auf dem Legalitätsprincip, indem der Richter von Amtswegen auf die Realisirung der rechtlichen Interessen zu sehen hat. — 5) Savigny V. S. 2, Unger S. 348.

Erster Abschnitt: Gegenstand des gerichtlichen Rechtsschutzes.

I. Die Klagsansprüche.

A. Rechtliche Natur und Eintheilung.

§. 148.

Gestaltung des gegen Jedermann oder eine bestimmte Person gerichteten Anspruchs zum Klagsanspruch oder Klagerecht durch ein ihm nicht entsprechendes Verhalten eines Verpflichteten. Verschiedene Bedeutungen der Begriffe Klage und Klagerecht. Ansprüche auf Anerkennung.

Eintheilung nach dem Klagegrund in persönliche und unpersönliche Klagsansprüche. Aufzählung der Hauptfälle. Gründe der herrschenden Terminologie. Aehnlichkeit der Klagsansprüche mit Forderungen. — Eintheilung nach dem Gegenstande in condemnatorische und präjudicielle; nicht zusammenfallend mit dem Gegensatz der vermögens- und der familienrechtlichen Klagsansprüche. Die präjudiciellen. Verschiedene Richtungen der präjudiciellen Klagsansprüche: positive und negative Anerkennung und Herbeiführung einer Rechtsveränderung ohne Zuthun des Gegners.

B. Entstehung der Klagsansprüche als solcher.

§. 149.

Condemnatorische Ansprüche werden klagbar (actio nata), sobald ihnen die rechtliche Befriedigung mangelt; mehr ist nicht gefordert. Die in Betracht kommenden Gruppen und einzelnen Fälle. Präjudicielle Klagsansprüche sind entstanden, sobald die juristische Thatsache vorgefallen ist, auf deren Anerkennung der Anspruch geht, bezw. sobald die Voraussetzungen vorliegen, die den Anspruch auf die bestimmte Rechtsveränderung begründen; Weigerung des Gegentheils ist nicht erfordert. Beispiele.

Digitized by Google

§. 150.

C. Concurrenz der Klagsansprüche.

Sie liegt vor, wenn mehrere gleichzeitig bestehende Klagsansprüche in solchem Zusammenhange stehen, daß vermöge der juristischen Identität ihres Zieles die Befriedigung des einen zugleich als die des andern gilt.[2]) Ihr Grund liegt meist in der Gemeinsamkeit des Klaggegenstandes[3]) — Identität des Klagberechtigten ist nicht erfordert.[4]) Sie kann auch bei Verschiedenheit des Klaggegenstandes durch Alternativität mehrerer Klagsansprüche zwischen denselben[5]) oder auch zwischen verschiedenen Personen[6]) begründet werden.

Juristische Bedeutung: der eine Klagsanspruch kann erlöschen, während der andere aufrecht bleibt. Befriedigung[7]) des einen gilt auch als Erfüllung des andern und macht ihn erlöschen[8]), soweit letzterer nicht von umfassenderem Inhalt ist.[9]) Sonstige Erlöschungsgründe, die den einen treffen, wirken regelmäßig auf den andern nicht.[10]) Auch die processualen Voraussetzungen der Geltendmachung (insbesondere die Beweislast) können bei den concurrirenden Ansprüchen ungleich schwer zu erfüllen sein.

1) Savigny S. 204—264, Unger S. 386—398, Arndts §. 105, Puchta §. 87. — 2) Erforderlich also nur Gleichgeltung, nicht volle Gleichheit des Zieles. Savigny S. 205, 206, Unger S. 388, Windscheid §.121 fordern, daß der Zweck derselbe sei. — 3) z. B. Anspruch auf Herausgabe einer Sache vermöge Eigenthums, obligatorischen Vertrages oder gestörten Besitzes, Schadenersatzanspruch auf Grund von Delict oder Vertrag, Rückstellungsanspruch auf Grund von Betrug oder Gewährleistung u. s. w. Vgl. Unger S. 389 Note 12, Windscheid §. 121 Note 9. — 4) z. B. §. 1019 b. G. B. Savigny S. 220 f. — 5) z. B. Wandelungs- und Minderungsklage (§. 932 b. G. B.), Anspruch auf Rückgabe des Angeldes oder auf Erfüllung des Vertrages (§. 908) Arndts §. 105, Savigny S. 256, Unger S. 393 Note 23. — Von Interesse der Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Ersatz des gemachten Aufwandes (§. 1042), oder auf Zahlung der ursprünglichen Schuld (§. 1358); ist diese eine Geldschuld, dann liegt Concurrenz wegen Gleichheit des Klaggegenstandes, sonst nur wegen Alternativität vor. — 6) Correalität (§. 891—886), Ersatzanspruch gegen Wirthe und deren Dienstpersonen (§. 971) u. s. f. Auch diese Concurrenz von Ansprüchen beruht wesentlich auf Alternativität, denn die Handlung des Gesammtschuldners A ist (selbst bei Gleichheit der zu zahlenden Geldsumme u. s. w.) juristisch ein anderes Rechtsobject, als die des Gesammtschuldners B. Vgl. Savigny S. 220 f. Windscheid §. 121. — 7) Nur diese, nicht schon die Concurrenz selbst. Man darf daher die Lehre von der Klagenconcurrenz nicht (wie Savigny, Sintenis, Puchta, Arndts thun) in der Lehre von der Erlöschung der Klagen behandeln. Wächter §. 67 Note 2. Unger §. 117 Note 1, Windscheid §. 121 Note 9, Brinz I. §. 40. — 8) Ihm steht dann entweder die Einwendung der Pachtung oder exceptio doli oder in factum entgegen. Savigny S. 253, 259, 260, Unger S. 393, Windscheid §. 121, Bangerow I. §. 153. — 9) Dies ist z. B. der Fall

Digitized by Google

bei der actio doli (§. 874 b. G. B.) im Verhältniß zur Gewährleistungsklage. — 10) Nach rechtskräftig abgewiesener Besitzentsetzungsklage kann die Eigenthumsklage noch immer erfolgreich sein, der Gewährleistungsanspruch kann verjährt, der wegen Betrugs (§. 874) noch aufrecht (§. 1478, 1487) sein. Unger S. 394, 395, 396 Note 31. Ob Verzicht auf den einen Anspruch auch einen Verzicht auf den andern enthalte, läßt sich nicht durchgreifend beantworten; vgl. z. B. einerseits §. 894, andererseits §. 1042 mit 1358.

D. Erlöschung der Klagsansprüche.

§. 151.

1. Allgemeines.

Klagsansprüche erlöschen mit dem Untergange des ihnen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, also auch durch den Tod, wenn das Rechtsverhältniß so geartet ist, daß es durch den Tod erlischt.[1]) Andere Erlöschungsgründe heben zunächst nur den Klagsanspruch auf, treffen aber das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß gar nicht oder nur mittelbar: Befriedigung des Klagsanspruchs[2]) und Verjährung.

1) Gegen Savigny V. §. 230 u. A., welche die Lehre vom Untergang der Klagen durch den Tod in der Lehre von den Klagen behandeln, mit Recht Unger §. 119 Note 1, da hier „nicht bloß das Klagrecht, sondern das ganze klagbare Recht erlischt." Eine Ausnahme machen nicht einmal gewisse familienrechtliche Klagsansprüche, welche auch Nichtfamiliengliedern zustehen (z. B. §§. 94, 96, 159) und welche daher auch noch aufrecht bestehen, nachdem das Familienrechtsverhältniß bereits erloschen ist; sie sind präjudicielle Klagsansprüche und solche kommen eben auch ohne ein bestehendes Rechtsverhältniß vor, wie z. B. die Nichtigkeitsklagen. — 2) Als klagloser kann gleichwohl ein Anspruch noch fortbestehen: wird z. B. dem Eigenthümer die entzogene Sache zurückgestellt, so dauert sein absoluter Anspruch auf Unterlassung jeder Störung fort. — Statt „Befriedigung" kann man sagen: „Beseitigung des unbefriedigenden Zustandes": wird dem Besitzer einer fremden Sache die Sache entwendet, so erlischt der Klagsanspruch des Eigenthümers, obwohl dieser nicht befriedigt ist, gegenüber dem bisherigen Besitzer, denn der Klagsanspruch gegen den neuen Besitzer ist eben nicht identisch mit dem gegen den alten. Anders wenn der letztere die Sache verkauft oder an seinen Erben überträgt, wo solche Identität allerdings vorhanden ist (arg. §. 1493). A. M. Savigny S. 203.

2. Von der Verjährung insbesondere.

§. 152.

a) Umfang derselben.

Die Anspruchsverjährung eine allgemeine Erlöschungsart der Klagsansprüche (§. 1479), nicht jedoch der familienrechtlichen; von den vermögensrechtlichen sind ihr entzogen viele präjudicielle Klagsansprüche, die Faustpfandklage, solange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, die Theilungs-

Digitized by Google

klagen und die Grenzscheidungsklage. Die übrigen vermögensrechtlichen Klagen sind der Verjährung unterworfen.

b) Erfordernisse der Verjährung.

§. 153.

α) Möglichkeit der Ausübung.

Regelmäßig kann ein Klagsanspruch sofort nach seiner Entstehung (actio nata) ausgeübt werden und beginnt daher gleichzeitig seine Verjährung.[1]) Steht ihm aber eine wirksame Einrede entgegen, dann kann er eben noch nicht ausgeübt werden, und gilt von diesem wie anderen Fällen rechtlicher Unmöglichkeit seiner Ausübung der Satz: Agere non valenti non currit praescriptio. §. 1478: „an sich" = objectiv, abgesehen von subjectiven Hindernissen, wie in der Regel[2]) Unkenntniß[3]) von der Zuständigkeit des Klagsanspruchs. Vgl. auch §. 1454. Ist jedoch die Einrede von der Art, daß es in der Macht des Klagsberechtigten steht, sie sofort zu beseitigen[4]), so ist von Unmöglichkeit der Rechtsausübung keine Rede und die Verjährung läuft trotz der Einrede. So bei der exc. ordinis oder excussionis (vgl. §. 1355), non adimpleti contractus (§. 1052, 1062)[5]), Compensations- und Retentionseinrede; anders bei der exc. pacti de non pet. in diem.

Die Verjährung bedingter oder befristeter Ansprüche beginnt erst nach Erfüllung der Bedingung bezw. dem Eintritt des dies — vorher ist die Ausübung unmöglich. Darum läuft auch bei Ansprüchen auf periodisch wiederkehrende Leistungen eine besondere Verjährung für jede einzelne Leistung, beginnend nach dem Tage ihrer Fälligkeit (§. 903)[6]), und die a. pign. in pers. dir. beginnt erst zu verjähren mit der Erlöschung der Schuld, während sie bis dahin jeder Verjährung entzogen ist (§. 1483)[7]); es ist eben auch dieser Anspruch nicht ein durch Einrede gehemmter, sondern von vornherein betagt.

Die Verjährung von Ansprüchen auf Leistung „nach Kündigung" mit oder ohne Kündigungstermin beginnt[8]) schon vor der Kündigung von da an, wo gekündigt und in Folge der Kündigung gefordert werden konnte, obwohl die Forderung noch gar nicht wirklich fällig war. Hier geht aber die Forderung auch nicht durch Klagverjährung, sondern durch non usus (Rechtsverjährung) unter. Ebenso Forderungen auf periodische positive Leistungen, welche nicht nur Accessionen einer anderen Forderung bilden; auch sie gehen, obwohl sie in ihrer Gänze niemals klagbar werden, durch 30- resp. 40-jährige Nichtausübung, also durch non usus, verloren (§. 1480 a. E.). Mit ihnen erlischt auch der Anspruch auf die einzelnen Leistungen, die der Klagverjährung unterliegen, aber noch nicht verjährt sind — mit dem ganzen Rechte ist auch der Anspruch auf die Raten untergegangen.[9]) Diese Abhängigkeit des Rechtes auf die einzelnen Raten von dem Ganzen gilt auch für Capitalszinsen und andere accessorische Bezüge.[10]) Hingegen hindert die Geltendmachung der Forderung im Ganzen (der Reallast-, der Capitalforderung) die Verjährung der einzelnen Raten nicht.[11])

Digitized by Google

1) Vgl., auch über die ältere Doctrin: Savigny S. 282, Unger S. 408, 409, 384 Note 15, Vangerow I. S. 249. — 2) Ausnahme z. B. §. 1489. — 3) Savigny V. S. 282. — 4) Vgl. Unger S. 501 Note 19. — 5) Unger a. a. O. und S. 383 Note 13, S. 411 Note 7, S. 468—470; über die Auffassung der Praxis: Entsch. G. Z. 1872 Nr. 94 [= Sammlung X. Nr. 4616]. — 6) Savigny S. 312, Unger S. 413, Entsch. G. Z. 1859 Nr. 85. G. H. 1868 Nr. 54. G. Z. 1873 Nr. 99 [= Sammlung II. Nr. 818, X. Nr. 4500, Riehl IV. S. 1882.]; vgl. auch Fin. Min. E. 16. Jänner 1860 Nr. 21 R. G. B. — 7) Savigny S. 300 f., Unger S. 282 Note 13, S. 409 Note 5, Windscheid §. 109 Note 3, Vangerow S. 256. — 8) Anders Unger S. 382 Note 13, S. 410 Note 6, Savigny S. 296 u. A. — 9) Savigny S. 311 f., Unger S. 413, 437 Note 7. — 10) S. die vorige Note und Randa G. Z. 1869 Nr. 70. — 11) Entsch. G. Z 1865 Nr. 43 [= Sammlung IV. Nr. 2026].

§. 154.

β) Zeit der Nichtausübung (Verjährungszeit).[1]

Die regelmäßige Verjährungszeit beträgt 30 Jahre (§. 1478), auch für bücherliche Rechte (§. 1479), indem die Eintragung wohl auf die Wirkung, nicht auf die Dauer der Verjährung einen Einfluß äußert. Juristische Personen sind durch 40jährige Verjährungsdauer begünstigt (§. 1485), so namentlich Kirchen, der Fiscus und Gemeinden[2]), auch im Verhältniß gegen andere juristische Personen, und auch zum Vortheil der mit dem Begünstigten in Gemeinschaft stehenden physischen Person (§. 1473). Anders bei theilbaren Forderungen, die theils einer juristischen, theils einer physischen Person zustehen (§. 888).

Die 30- oder 40jährige Verjährung heißt (M. R. zu §. 1478, J. M. E. v. 21. Juli 1858, R. G. Bl. Nr. 105) die ordentliche, weil sie überall gilt, wo das Gesetz nicht eine kürzere („außerordentliche") Verjährungszeit festgesetzt hat (§. 1486 u. M. R.).[3]) Die einzelnen Fälle der letzteren gehören zu den einzelnen Rechtsinstituten, hieher nur ein einziger Fall von allgemeiner Natur, die Verjährung periodisch wiederkehrender Leistungen.[4]) Der Anspruch auf solche einzelne Terminleistungen verjährt in 3 Jahren, das Bezugsrecht im Ganzen geht durch 30jährige Nichtausübung unter (§. 1480, bezw. durch 40jährige, wo eine juristische Person den Anspruch hat §. 1485). Als solche Leistungen erscheinen alle periodischen (gleichgiltig ob jährlich, monatlich, täglich u. s. w.[5]) fällig werdenden) Geldleistungen („Zinsen", „Renten"), Naturalgiebigkeiten („Abgaben") und Arbeitsleistungen („Dienstleistungen"), nicht auch periodische Duldungen oder Unterlassungen, nicht auch eine nur einmal zu entrichtende Leistung, mag sie auch unter den Begriff der Zinse u. s. w. fallen[6]), auch nicht Theilzahlungen, in welche eine nur einmal gebührende Entrichtung durch Uebereinkommen zerlegt worden ist. Legislatives Motiv ist die Rücksicht auf den Schuldner, dem die Anhäufung einer größeren Menge periodischer Leistungen unerschwinglich werden könnte, und die Nachlässigkeit des Gläubigers in Eintreibung der Schuld.[7]) So unterliegen der 3jährigen Verjährung nicht nur Reallastleistungen, sondern überhaupt die auf einem fortwirkenden

Digitized by Google

Rechtsgrunde beruhenden periodischen Leistungen, mögen sie den einzigen Inhalt des betreffenden Rechtsverhältnisses bilden oder nur Accessorien einer neben ihnen bestehenden Hauptschuld sein, also auch Capitalszinsen (nicht entgegen §. 1335 b. G. B.; Hofd. 21. Novemb. 1812 Nr. 1016 J. G. S.), Pachtzinse (Hofd. 22. Aug. 1836 Nr. 150 J. G. S.), Verzugszinsen, obwohl sie nach Tagen entfallen (ebda.), legirte lebenslängliche Renten[8]), vertragsmäßig begründete Leibrenten[9]), legirte tägliche Alimentationsbeträge[10]), vertragsmäßig oder durch Urtheil bestimmte Unterhaltsraten an uneheliche Kinder[11]) u. s. w. Dagegen ist §. 1480 nicht anwendbar auf periodische Entrichtungen, die nicht auf einem von selbst fortwirkenden Rechtsgrunde beruhen, sondern nur das Entgelt für fortdauernde Leistungen sind oder nur aus wiederholt sich darbietenden Anlässen[12]) gebühren. So der Lohn des Dienstgesindes (Hofd. 10. April 1839 Nr. 355 J. G. S.), — keine Singularität, daher auch auf Dienstpersonen (z. B. Handlungsdiener) anwendbar, die nicht Dienstboten sind.[13])

Eine Ausnahme rücksichtlich der Zinsen von öffentlichen (Staats-, Landes-) Schuldverschreibungen. Sie verjährten nach Hofd. 25. März 1812, Nr. 982 und 5. April 1815 Nr. 1149 J. G. S. in 30, und verjähren nun nach Fin. Min. E. v. 16. Jänner 1860 Nr. 21 R. G. B. in 6 Jahren. Das in den öffentlichen Schuldverschreibungen ausgedrückte Capital und das Recht, weitere Zinsen zu verlangen, bleibt, so lange die Rückzahlung des ersteren sistirt ist, der Verjährung entzogen (Hofd. 20. Aug. 1817 Nr. 469 J. G. S.). Zinsen der Sparcasseneinlage verjähren darum nicht, weil sie halbjährig zum Capital geschlagen werden; das Capital selbst verjährt erst in 40 Jahren von der letzten Einlage gerechnet (§. 18 d. Hofd. v. 26. Sept. 1844 Nr. 832 J. G. S.).

Die Fälle außerordentlicher Verjährung gelten auch für juristische Personen, denn sie sind nur rücksichtlich der ordentlichen Verjährung begünstigt (§. 1485).[14])

Wenn in dem der Verjährung unterliegenden Rechtsverhältniß activ oder passiv eine Personenveränderung durch Succession eingetreten ist[15]), findet regelmäßig Zeiteinrechnung (accessio temporis) statt (§. 1493), nicht auch, wenn Personenveränderung ohne Succession stattfand[16]), nicht auch, wenn und soweit die Succession im Vertrauen auf das öffentliche Buch erfolgte (arg. §. 1500).[17]) Streitig der Fall der Succession von einer begünstigten Person auf eine nichtbegünstigte oder umgekehrt (§. 1485): Fortlaufen der begonnenen Verjährung, wenn der Successor nicht vorzieht, sie neu zu beginnen (arg. Kundm. Pat. Abs. VI)? Verhältnißmäßige Rechnung von 30 zu 40 Jahren[18])?

Bona fides kein Erforderniß der Anspruchsverjährung §. 1493.

1) Savigny §. 247. — 2) Ueber die Unterschiede, welche das röm. R. diesfalls macht: Savigny S. 354—361, Bangerow S. 258, 259. — 3) Entsch. G. Z. 1869 Nr. 41 [= Sammlung VI. Nr. 3084.] Anders Unger S. 414. — 4) Savigny V. S. 305. — 5) Entsch. G. Z. 1856 Nr. 132, 142 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 842, 843.]. Daß periodische Leistungen, die in längeren als jährlichen Terminen verfallen, dem §. 1480 nicht unterliegen:

Digitized by Google

Ellinger ad h. §. — 6) Bestandzinse, von einem Reisenden im Gasthofe contrahirt, verjähren in der gewöhnlichen Zeit. Ellinger a. a. O. — 7) Motive der Entsch. G. Z. 1858 Nr. 48 und 1859 Nr. 113 [= Sammlung II. Nr. 497, Riehl IV. S. 1885.]. — 8) Entsch. G. Z. 1852 Nr. 129 und 1853 Nr. 63 [= Riehl IV. S. 1886, Peitler Nr. 844. Dazu Sammlung II. Nr. 966.]. — 9) Entsch. G. Z. 1859 Nr. 113 = Jud. B. Nr. 15 in G. Z 1872 Nr. 72 [= Sammlung II. Nr. 959.]. — 10) Entsch. G. Z. 1856 Nr. 142 [s. Note 5.], 1859 Nr. 112 [= Sammlung II. Nr. 954.]. — 11) Entsch. G. Z. 1861 Nr. 20 [Riehl IV. S. 1883.], Jud. B. Nr. 81 (G. Z. 1874 Nr. 1 [= Sammlung XI. Nr. 5177.]); dagegen Entsch. G. H. 1871 Nr. 58 [= Sammlung IX. Nr. 4096.]. — 12) Z. B. an den Bannberechtigten für jedes Gebräu Bier: Entsch. G. Z. 1865 Nr. 34 [= Sammlung V. Nr. 2098.]. Rückstände von gestifteten, periodisch zu persolvirenden Messen? Entsch. G. Z. 1856 Nr. 132 [s. Note 5.], Jud. B. Nr. 16 (G. Z. 1872 Nr. 72 [= Sammlung II. Nr. 954.].) — 13) Dagegen aber Entsch. G. Z. 1853 Nr. 117, 1864 Nr. 19, (G. H. 1864 Nr. 44) vgl. G. H. 1867 Nr. 22 [= Peitler Nr. 698, Sammlung IV. Nr. 1831, VI. Nr. 2720.]. — 14) Jud. B. Nr. 18 (G. Z. 1872 Nr. 72 [= Riehl IV. S. 1886.]). — 15) Das gleiche gilt, wenn die Ausübung des der Verjährung unterliegenden Rechtes zeitweise einem Fruchtnießer zustand. Die Nichtausübung des Fruchtnießers und des „Eigenthümers" (z. B. einer Capitalforderung) werden zusammen gerechnet: Entsch. G. Z. 1868 Nr. 45 [= Sammlung VI. Nr. 3026.]. — 16) Z. B. Gewalt, Dereliction und darauf folgende Occupation; vgl. Savigny S. 363, 365, Unger S. 416 Note 16. — 17) Unger S. 415, Note 15. — 18) Für die erste Meinung Helm Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1828 I. S. 256 f., Unger S. 415 Note 15, Entsch. G. Z. 1863 Nr. 108, 130 [= Sammlung III. Nr. 1415.], während der Fin. Min. Erlaß 19. Sept. 1853 Z. 14421 (in der Manz'schen Ausg. bei §. 1472) den §. 1472 auf den Fiscus anwendbar hält, gleichviel in wessen Rechtsnachfolge er einschreitet. Vgl. dagegen Zródłowski Unters. S. 101 f. Die zweite Meinung vertreten Entsch. G. Z. 1873 Nr. 40 und Sp. Rep. Nr. 12 (G. Z. 1872 Nr. 92 [= Sammlung X. Nr. 4674.]).

§. 155.

c) Hindernisse der Verjährung.[1])

Begriff der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.

I. Hemmungsgründe: 1) §. 1494. Der §. hat nur Pupillen und Geisteskranke, nicht auch erklärte Verschwender (denen die Geisteskräfte nicht fehlen), nicht auch Abwesende, nicht Hauskinder in väterlicher Gewalt (denen die gesetzliche Vertretung nicht fehlt) im Auge[2]); auch nicht juristische Personen, für welche auf andere Weise (§. 1485) gesorgt ist. Hatte die Verjährung gegen einen Minderjährigen oder Geisteskranken begonnen, da er einen gesetzlichen Vertreter hatte, und verliert er nun erst seine Vertretung, so läuft die Verjährung zwar fort, kann aber nicht vor Ablauf von zwei Jahren nach gehobenen Hindernissen vollendet werden. Unter Hebung der Hindernisse ist nicht nur die Erlangung der Handlungsfähigkeit des Be-

Digitized by Google

vormundeten, sondern auch die Wiederherstellung einer gesetzlichen Vertretung zu verstehen.[3]) Doch zieht nur eine längere Unterbrechung der gesetzlichen Vertretung, nicht schon jeder Personenwechsel in derselben, die Wirkung des §. 1494 nach sich. Geht das in der Verjährung begriffene Recht während der Hemmung auf eine andere, nicht ebenso begünstigte Person über, so kann die letztere die 2 jährige Frist für sich nicht in Anspruch nehmen. Endlich setzt §. 1494 überhaupt Verjährungsfristen voraus, die länger als 2 Jahre sind. Bei kürzeren (§§. 933, 967, 982, 1096, 1111) wird unter den Voraussetzungen des §. 1494 wohl der Beginn, nicht aber der Lauf der einmal begonnenen Verjährung gehemmt.

2) §. 1495. Gilt auch von der Putativehe, da man auch von solchen Gatten nicht solche Strenge in der Verfolgung ihrer Rechte gegeneinander fordern kann, wie gegenüber fremden Personen, nicht aber von dem Verhältniß zwischen geschiedenen Ehegatten; „elterliche Gewalt" umfaßt auch jene der unehelichen Eltern, nicht jene der Großeltern, die vormundschaftliche auch jene des Curators.[4]) Auf familienrechtliche Klagen, als welche der Verjährung entzogen sind, bezieht sich der §. überhaupt nicht.[5])

3) Gewisse juristische Hindernisse der Geltendmachung des Klagsanspruchs:

a) Moratorium. Zwar in A. G. O. §. 353 für unzulässig erklärt, gleichwohl aber wiederholt ertheilt, z. B. Pat. 11. Dezemb. 1810, Kundm. Pat. zum b. G. B. f. Ungarn u. Siebenb., Art. IX.

b) Stundungsvertrag (pactum de non pet. intra tempus) (arg. §. 1478), vorausgesetzt, daß er keine Anerkennung der Schuld seitens des Verpflichteten involvirt, da sonst eine Unterbrechung der Verjährung die Folge wäre.

c) Anmeldung einer Forderung im Concurs unterbricht die Verjährung; wird aber die Richtigkeit des Anspruchs bestritten, dann erscheint die Verjährung von der Anmeldung bis zur Hinausgabe der Behelfe zum Zwecke der Geltendmachung nur gehemmt. (C. O. §. 8.)

d) Aehnlich unterbricht im Mahnverfahren das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehls die Verjährung; tritt aber der Zahlungsbefehl durch Erhebung des Widerspruchs außer Kraft, so ist die Verjährung bis zur Erhebung des Widerspruchs als gehemmt anzusehen (Ges. v. 20. April 1873 R. G. B. Nr. 67 §. 63.).13.

4) Von physischen Hindernissen der Rechtsverfolgung die Abwesenheit in Civil- oder in Kriegsdiensten (d. h. überhaupt im Staatsdienste) und Gerichtsstillstand (justitium). §. 1496.[6]) Es kommt nur auf die Abwesenheit des Klagsberechtigten (nicht auch des Verpflichteten) und zwar von seinem eigentlichen Wohnort[7]) an; der Abwesenheit außerhalb der Provinz bedarf es nur in dem ganz verschiedenen Falle des §. 1475 („willkürliche Abwesenheit"), nicht hier.[8]) Ob der Abwesende einen Vertreter zurückgelassen hat[9]), und ob er von dem Verjährungslauf Kenntniß hat oder nicht, ist gleichgiltig. Gerichtsstillstand bildet einen Hemmungsgrund, wenn auch nur das competente Gericht außer Thätigkeit gesetzt worden ist. — Unbekanntsein des Klagsanspruchs[10]) §. 1489. — Hemmung nur gegen

Digitized by Google

einen Theilhaber eines gemeinschaftlichen Rechtes wirkt auch zu Gunsten des anderen (arg. §. 1473); anders bei theilbaren Forderungen, die durch Concurrenz mehrerer Gläubiger in mehrere Forderungen zerfallen.[11])

II. Unterbrechungsgründe: 1) Ausdrückliche oder stillschweigende[12]) Anerkennung des klagbaren Anspruchs durch den Verpflichteten vor Ablauf der Verjährungszeit (§. 1497), weil damit die Nachlässigkeit des Berechtigten und die Präsumtion der Tilgung der Schuld beseitigt ist.[13]) Anerkennung nach Ablauf der Verjährungszeit hat die Bedeutung einer Verzichtleistung auf die Einwendung der Verjährung.[14])

2) Vor Ablauf der Verjährung erfolgende Anhängigmachung der Klage (§. 1497), Anmeldung im Concurs (C. O. §. 8), Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (§. 63 Ges. 27. April 1873 Nr. 67 R. G. B.), auch Vorbringung des Klagsanspruchs im Wege der Einrede, nicht auch außergerichtliche Mahnung, gerichtliche Anmeldung im Verlaßabhandlungsverfahren[15]) oder Ueberreichung eines Fristgesuches zur Einbringung der Klage (Hofd. 30. Jänner 1815 Nr. 1540 J. G. S.). Die Unterbrechung erfolgt schon durch die Anbringung, nicht erst (abgesehen von Wechselklagen, Art. 80 W. O.) durch die Behändigung der Klage, doch tritt die Unterbrechung nur ein, wenn die Klage bei dem competenten (auch Schieds-)[16]) Gericht angebracht, gehörig fortgesetzt und derselben durch richterliches Urtheil (gerichtlichen Vergleich)[17]) stattgegeben wird. Wird sie zurückgenommen, abgewiesen oder bleibt der Proceß ohne Offenhaltung der Fristen liegen[18]) (§. 1497 a. E.)[19]), so tritt die Unterbrechung nicht ein.

Bei der Verjährung der Servitutenklagen gilt offenbar auch die trotz gegnerischen Widerspruches fortgesetzte Ausübung der Servitut als Unterbrechung des Verjährungslaufes (§. 1488).

3) Wie eine Verjährungsunterbrechung wirkt auch die im Vertrauen auf das öffentliche Buch[20]) erfolgte Erwerbung des in der Verjährung begriffenen bücherlichen Rechtes (arg. §. 1500), — zugleich ein Fall der Ausschließung der accessio temporis (§. 1493).[21])

Wegfall der Klagsveranlassung (z. B. Rückstellung der Sache, Zahlung u. dgl.) vernichtet zwar ebenfalls die Wirkungen des bisherigen Verjährungslaufes, gehört aber doch nicht hieher[22]), weil von einer Erneuerung des Verjährungslaufes derselben Klage keine Rede sein kann.

1) Savigny §. 242, 243, 252. Die Unterbrechungsgründe des österr. Rechtes sind im Wesentlichen die des gemeinen; von den Hemmungsgründen sind jene des §. 1495 dem röm. Recht unbekannt, u. dem A. L. R. I. 9. §. 524—526 und cod. civ. Art. 2252, 2253 entlehnt (Unger S. 421 Note 10 b). Die Hemmungsgründe des §. 1494 kennt — mit Einschränkungen und Erweiterungen — auch das röm. Recht (Savigny IV. S. 437 f., V. S. 408, Bangerow I. S. 258); jene des §. 1496 bilden nach röm. Recht nur bei einjährigen Verjährungsfristen wegen des hier geltenden tempus utile Hemmungsgründe. (Savigny IV. S. 429 f., V. S. 408.) — 2) Mit Unrecht Viele (Unger S. 417 f., Zródłowski Unters. S. 111, Winiwarter V. S. 254, Kirchstetter S. 650 Note 2. a. M. Vgl. Entsch. G. H. 1863 Nr. 66, 1864 Nr. 8, 34, G. Z. 1865 Nr. 21, 74 [= Sammlung IV. Nr. 1813, 1684,

Digitized by Google

V. Nr. 2167.]. — 3) Die entgegengesetzte Meinung Winiwarter's, Stubenrauch's, Unger's, wonach der zweite Satz des §. 1494 auch für solche Pflegebefohlene gelten soll, die einen gesetzlichen Vertreter haben, widerspricht dem Wortlaut, wie dem Geist des Gesetzes. Zródłowski Unters. S. 112—122. — 4) Unger S. 420. — 5) Unger S. 421. — 6) Unger S. 422 f. — 7) Unger II. S. 423 Note 14 a, Zródłowski S. 109 f. gegen Scheidlein, Nippel, Winiwarter, Stubenrauch, Ellinger. — 8) Anders Unger S. 423 Note 14 a, Zródłowski S. 96, 97; vgl. auch Entsch. G. Z. 1869 Nr. 41 [= Sammlung VI. Nr. 3084.]. — 9) Unger S. 423. — 10) Entsch. G. H. 1868 Nr. 50 [= Sammlung VI. Nr. 2994.]. Unger S. 423 Note 16. 17. — 11) Gegen diese Unterscheidung Zródłowski S. 84. — 12) Z. B. Entschuldigung wegen unterbliebener Zahlung, Bitte um Zuwartung oder Verlängerung (Hofd. 21. Nov. 1812 Nr. 1016 J. G. S.), Ausstellung eines neuen Schuldscheines, Pfandbestellung durch den Schuldner, Zinsenzahlung u. s. w. Savigny S. 315, Unger S. 425, 426. — 13) Savigny S. 314, Unger S. 425 Note 19 a. — 14) Ellinger ad §. 1497, Unger S. 438 Note 8. — 15) Unger S. 428. — 16) Unger S. 427. — 17) Vgl. z. B. J. M. E. v. 21. Juli 1858 Nr. 105 R. G. Bl. — 18) Entsch. G. Z. 1868 Nr. 39 [= Sammlung V. Nr. 2685.]. — 19) Daß dieser Schlußsatz auch auf die Verjährung, nicht nur auf die Ersitzung (wie Unger S. 432, 433 behauptet) Anwendung hat, zeigt der Fall, wenn eine Klage aus einem unstatthaften Titel eingebracht wird, indem hier die Erneuerung auf Grund eines richtigeren Titels gestattet ist. — 20) Also nicht auch bei der Erwerbung durch Erbgang: Entsch. G. Z. 1868 Nr. 11 [= Sammlung VI. Nr. 2904]. — 21) Unger S. 435 und Note 42 a und in G. Z. 1868 Nr. 26 a. E., Zródłowski Unters. S. 45, 46. — 22) Dagegen Savigny S. 213; aber vgl. Unger S. 424.

§. 156.

d) Wirkung der Verjährung.

Streit ob stärkere oder schwächere Wirkung. Nach österreichischem Recht erlischt mit der Klagbarkeit der Anspruch selbst, das Recht aber bleibt in jenen Fällen aufrecht, wo es einen vom Anspruch verschiedenen Inhalt hat. Forderungs- und Pfandrechte erlöschen also vollständig, nicht auch Eigenthums- und Erbrecht. Servituten erlöschen überhaupt durch bloße Klagverjährung nicht, durch den non usus aber das Recht selbst.

Untergang der Nebenrechte der verjährten Forderung. Unbrauchbarkeit derselben zur Novation und Compensation. Gleichwohl Versagung der condictio indebiti im Falle irrthümlicher Bezahlung der verjährten Forderung, Verurtheilung des sich auf die vollendete Verjährung nicht berufenden Schuldners, und Behandlung verjährter bücherlicher Rechte als zu Recht bestehender, wenn Jemand dieselben im Vertrauen auf das öffentliche Buch an sich bringt oder bücherliche Rechte auf dieselben erlangt.

Geltendmachung der Verjährung im Wege der Vertheidigung oder auch in Form einer Präjudicialklage.

Digitized by Google

II. Die Einreden (Exceptionen)[1]).

§. 157.

A. Rechtliche Natur und Eintheilung.

Auch dem an sich begründeten Klagsanspruch kann ein Gegenanspruch entgegen treten, der bewirkt, daß der erstere nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann; Einrede (exceptio), beruhend entweder auf einem dem Klagsanspruch entgegenstehenden Rechte des Verpflichteten[2]), oder auf einer bloßen Thatsache, welche gleichwohl einen Anspruch auf Nichtgeltendmachung des Klagsanspruchs gewährt.[3])

Aehnlichkeit auch der Einreden (wie der Klagsansprüche) mit den Obligationen. Der Verpflichtete hat den Anspruch, daß der Berechtigte sein Klagrecht nicht geltend mache. Auch kann jedes Klagrecht durch Exception geltend gemacht werden[4]), nicht umgekehrt.

Mit den eine Einrede begründenden Thatsachen haben Aehnlichkeit die sogenannten rechtshindernden[5]) und rechtsvernichtenden[6]) Thatsachen. Nur treten die Einreden einem wirklich bestehenden Rechte entgegen, und es kann, wenn sie erloschen sind, der Klagsanspruch wieder zur ungehinderten Wirksamkeit gelangen[7]), während das Recht, das eine rechtshindernde Thatsache nicht zur Entstehung kommen ließ oder das durch eine rechtsvernichtende Thatsache beseitigt wurde, erst durch neue Thatsachen begründet werden müßte, um zur Wirksamkeit zu gelangen. Diese Thatsachen machen das Recht also zu einem nichtigen, die Einreden zu einem anfechtbaren.[8]) Danach sind Ausdrücke wie: exceptio solutionis, usucapionis, novationis u. dgl. ganz unjuristisch[9]), während allerdings diese Thatsachen die Grundlage von Einreden im processualischen Sinne bilden.

Eintheilungen: 1) Peremtorische und dilatorische, je nachdem sie das Klagrecht für immer hindern (exc. rei vend. et trad.), oder seine Wirksamkeit nur einige Zeit lähmen (exc. non adimpl. contr.).[10])

2) Exc. personae cohaerentes und rei cohaerentes, je nachdem sie nur dem bestimmten Verpflichteten (benef. competentiae, Einrede der Unterhaltspflicht §§. 91, 143, 154, 950, 1354; höchstpersönliches pactum de non petendo) oder auch seinem Rechtsnachfolger und accessorisch Verpflichteten zustehen.[11])

3) Exc. in personam und in rem, persönliche und unpersönliche[12]) Einreden, je nachdem sie nur diesem bestimmten oder jedem Kläger entgegenstehen. Der ersten Gruppe gehören an die auf einem obligatorischen Verhältniß beruhenden Einreden, die denn auch dem Singularsuccessor des Gläubigers nicht entgegengesetzt werden können, sondern nur dem Gläubiger und seinem Erben. Vgl. z. B. §. 1120. Unpersönlich sind die auf einem absoluten Rechtsverhältniß beruhenden Einreden (z. B. Berufung auf ein dem Beklagten zustehendes dingliches Recht §. 443). Singulärerweise können dem Cessionar alle Einreden, die dem Cedenten entgegenstanden, entgegengesetzt werden (§. 1396), während es bei den anderen Uebertragungsarten von Forderungen (Indossament, Art. 303 H. G. B., Art. 82 W. O.) bei der erwähnten Regel bleibt. Auch im Falle der Uebertragung bücher-

Digitized by Google

licher Rechte gibt es (an sich) persönliche Einreden, welche zwar nicht jedem Singularnachfolger, aber doch Demjenigen, der nicht die publica fides der öffentlichen Bücher für sich in Anspruch nehmen kann, entgegengesetzt werden können, z. B. die exc. rei vend. et trad. (§§. 468, 527, 1443, 1500.)

Unanwendbar ist die Eintheilung der Klagen in condemnatorische und präjudicielle, da der in der Einrede liegende Anspruch nie auf eine Leistung geht, also immer ein präjudicieller ist.

Verwerflich[18]) die Eintheilung in Proceßeinreden, d. i. solche, die sich auf Grundsätze des Proceßrechtes gründen und materiellrechtliche Einreden. Die ersteren stehen nicht dem Klagsanspruch, sondern nur einer regelwidrigen Geltendmachung desselben entgegen.

Etwas Anderes ist der Unterschied von Einreden im materiellrechtlichen und im processualischen Sinne. In letzterem versteht man unter Einrede oder Einwendung jene Vertheidigungsart, welche nicht in der bloßen Verneinung der gegnerischen Thatsachen, sondern in der Vorbringung neuer Thatsachen besteht, aus denen trotz der Richtigkeit der gegnerischen Thatsachen die Nothwendigkeit der Abweisung seines Anspruches zu folgern ist. Dahin gehören sowohl jene Thatsachen, welche eine Einrede im materiellrechtlichen Sinne begründen, als auch die rechtshindernden und die rechtsvernichtenden Thatsachen. Gleichwohl kann man nicht sagen: Einreden im materiellrechtlichen Sinne sind dieses auch im processualischen, nicht aber umgekehrt. Die beiden Begriffe decken sich nicht einmal theilweise: Die Einrede im materiellrechtlichen Sinne ist ein Anspruch, ein Recht (im weiteren Sinne), im processualen eine Behauptung (eine Handlung der Vertheidigung) — derselbe Unterschied wie zwischen Klagsanspruch (Klagrecht) und Klaghandlung.

Die einzelnen Einreden sind bei den betreffenden Rechtsinstituten zu besprechen; hier nur eine von allgemeinerer Natur, die Einrede des unredlichen Begehrens (exc. doli generalis s. praesentis)[14]) verschieden von der Einrede des (früher verübten) Betruges (exc. doli specialis).[15]) Sie setzt voraus, daß Jemand einen Anspruch doloser Weise erhebt, wissend nämlich, daß ihm eine wirksame Einrede entgegensteht, oder wenigstens durch das Erheben des Anspruchs einen listigen Act vornehmend. Es lassen sich also fast alle dem Kläger bekannten Einreden unter diesem Gesichtspunkt vorschützen. Man bedient sich dieser Bezeichnung besonders für solche Einreden, wofür sich specielle Benennungen nicht herausgebildet haben[16]), namentlich

1) bei solchen Klagsansprüchen, deren Durchsetzung doch daran nichts ändern könnte, daß das Zugesprochene dem Beklagten sofort wieder aus einem anderen Klaggrunde zurückgestellt werden müßte. Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.[17]) Dem Kläger kann die Nutzlosigkeit der Verurtheilung des Beklagten als Einrede entgegengestellt werden. So z. B. §. 1424[18]), 366 b. G. B., so bei dem Gewährleistungsanspruch des Cessionars gegen den Cedenten, welcher zugleich Cessionar des Ansprechers ist u. s. w.

2) bei Ansprüchen, deren Nichtgeltendmachung der Klagberechtigte seinem Schuldner zugesichert hat, wie das oft bei Gefälligkeitsaccepten und bei Scheingeschäften vorkommt. Ganz besonders aber

Digitized by Google

3) wenn der Klagsberechtigte doloserweise die Formen des Privatrechtes mißbraucht, um dem Schuldner Schaden zuzufügen[19]), wie wenn z. B. Jemand eine intabulirte Forderung, obwohl wissend, daß sie bezahlt oder verjährt ist, in der Absicht an sich bringt, deren (wiederholte) Bezahlung zu erzwingen (vgl. §. 1500).[20]) Zahlung oder Verjährung wirkten hier nicht tilgend, sondern schufen nur einen Anspruch, die Forderung nicht geltend zu machen — eine persönliche Einrede (§. 469).

Gegeneinreden, die Einreden gegenüberstehen — Repliken, Dupliken z. B. der der rei vind. gegenüberstehenden exc. rei vend. et traditae hemmt die Einrede der laesio enormis ihre Wirkung. Es gilt von den Gegeneinreden dasselbe, was von den Einreden gesagt ist.

1) Heimbach Rechtslex. III. S. 702 f., Savigny S. 150—196, Unger S. 471—518, Arndts §§. 101, 102, Puchta §. 93—95, Vangerow §. 154—157, Birkmeyer die Exc. im bonae fid. jud. 1874. — 2) Z. B. die Einrede eines jus in re oder der Sachenmiethe gegenüber der Eigenthumsklage, die Einrede der Verletzung über die Hälfte gegenüber der Klage auf Bezahlung des Kaufpreises, ebenso die der Gewährleistung im gleichen Falle. — 3) Z. B. die exc. non adimpleti contractus (§§. 1052, 1062) oder der Fall des §. 1424 u. s. w. — 4) Vgl. z. B. die Entsch. G. Z. 1865 Nr. 84, drei Entsch. G. H. 1861 Nr. 10, G. H. 1869 Nr. 94 [= Sammlung III. Nr. 1148, 1268 (= Jud. B. Nr. 36), IV. Nr. 1992, VII. Nr. 3529.] u. a. — 5) Z. B. Minderjährigkeit, Zwang, Betrug. 6) Z. B. Zahlung, Verjährung. — 7) Z. B. die Einrede des zuständigen Nießbrauchs erlischt durch den Tod des Fruchtnießers, die Einrede der laesio enormis durch Verjährung. — 8) Unger S. 479, 491. — 9) Savigny S. 162. — 10) Savigny S. 175 bis 177, Unger S. 497—506. — 11) Savigny S. 177—179 und Note a, Unger S. 506 Note 30, Heimbach S. 688. — 12) Viele sprechen von persönlichen und dinglichen Einreden z. B. Haimerl Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1839 I. S. 29, 30; dagegen Unger S. 508 Note 35. — 13) Nachgewiesen von Bülow d. L. v. den Proceßeinreden und den Proceßvorausf. 1868. — 14) Hänel im civ. Archiv XII S. 419—432. Heimbach a. a. O. S. 709 f., Arndts §. 102, A. 2, Keller §. 93, Puchta Vorl. §. 94, Vangerow §. 155, Unger II. S. 492 Note 2, Volkmar und Löwy deutsche W. O. §. 192 S. 304, 305. Gegen Windscheid §. 47 Note 7, der dem Begriff exc. doli gen. nur historischen Werth zuerkennen will, vgl. Birkmeyer S. 304 f. — 15) Nach österr. Recht begründet freilich der Betrug regelmäßig (§§. 871—876) keine eigentliche Einrede. Anders jedoch bei Klagen aus mehreren Zustandrechten z. B. Wechsel und Inhaberpapierforderungen. — 16) Vgl. die röm. exceptiones in factum und L. 2. §. 5. D. de doli exc. 44, 4. — Eine Aufzählung der Fälle gibt Hänel S. 422 f. und Heimbach S. 713, 714, 719—721, der aber (S. 722) die in den Quellen genannten Fälle als taxativ aufgezählt ansieht. — 17) Vgl. Heimbach S. 713 f. und die in dessen Note 37 citirten Stellen. — 18) Heimbach S. 721 Note 122. — 19) Vgl. Heimbach S. 714, 715, 717, 719 Note 92. — 20) Darum weist die Praxis, wenn A sein intabulirtes Grundstück dem B tradirt, später aber das Eigenthum an C übertragen hat, die Eigenthumsklage des C gegen B

Digitized by Google

trotz §. 440 ab, wenn dem C die frühere Veräußerung an den B bekannt war, und schützt trotz §. 443 den nicht intabulirten Servitutsberechtigten gegen den neuen Eigenthümer, wenn die Servitut eine augenfällige war — Entscheidungen, die sich nur auf Grund einer ausdehnenden Auslegung der §§. 1500 und 1443 vertheidigen lassen, wonach Jener, der sich bereits im Besitze und Genusse eines in das öffentliche Buch gehörigen Rechtes (bezw. einer solchen Befreiung) befindet, trotz mangelnder Eintragung gegen den die Sachlage kennenden Singularnachfolger seines Gegners geschützt sein soll, während Jener, der sich noch nicht im Besitze befindet, einen solchen Anspruch nicht hat (daher §. 430). — Richtig ist übrigens, daß die exc. doli nicht in allen Fällen anwendbar ist, wo die natürliche Billigkeit dem sein strenges Recht verfolgenden Gegner entgegensteht; aber sie ist doch nicht da nur anwendbar, wo sie im Gesetze ausdrücklich anerkannt ist. Vgl. Note 16 a. E.

B. Anwendung der Grundsätze von den Klagen auf die Einreden.

§. 158.

Entstehung. Concurrenz. Verjährung: Einreden im processualen Sinne sind unverjährbar, ausgenommen die Einrede der Nichtigkeit eines Vertrages wegen Zwang oder Irreführung und der Nichtigkeit einer letztwilligen Anordnung wegen Abgang eines Geschäftserfordernisses. Eigentliche Einreden, die nur als solche geltend gemacht werden können, sind unzweifelhaft unverjährbar, dagegen wird für jene, die auch klageweise geltend gemacht werden können, oft Verjährbarkeit behauptet. Mit Unrecht, denn alle Einreden sind präjudicieller Natur und die Verjährung würde hier mit ihrem eigenen Zwecke in Widerspruch gerathen. Verjährbar sind vielmehr nur die den verjährbaren präjudiciellen Klagen entsprechenden Einreden: §§. 933, 1487.

Zweiter Abschnitt: Einfluß des Rechtsstreites auf das streitige Verhältniß.[1]

§. 159.

Erweiterung des Klagsanspruches durch den begonnenen Proceß, soweit das nöthig ist, damit das Erkenntniß dem Kläger die nämlichen Vortheile gewähre, als ob es im Augenblicke des anhängig gemachten Rechtsstreites ausgesprochen und vollstreckt worden wäre.[2] Den Beginn des Rechtsstreites bezeichnen aber drei Rechtsacte[3], unter welchen im heutigen Recht hier am wichtigsten die Klagsbehändigung, weniger wichtig die Klagsanstellung und die Litiscontestation ist.[4]

I. Materiellrechtliche Wirkungen der Klagsanstellung:

1) Unterbrechung der Verjährung (auch der Gebrauchsverjährung) und

2) der Ersitzung (§. 1497)[5],

3) activer Klagsübergang sonst unvererblicher Ansprüche:

a) Der aa. vind. spir., nach österreichischem Recht nur hieher gehörend die lehenrechtliche Privationsklage[6] und der Anspruch auf Schmerzengeld[7],

b) der Klage des Vaters oder eines Ehegatten auf Nichtigerklärung der

Digitized by Google

Ehe (§. 94—96); die Erben haben nun im eigenen Interesse das Recht, die Klage fortzusetzen[8]),

c) des Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsanspruchs §§. 1070, 1071, 1074.

4) Weiterlauf der Zinsen ultra alterum tantum §. 1335.[9])

II. Materiellrechtliche Wirkungen der Klagmittheilung:

1) Gebundenheit des Beklagten an den klagenden Gesammtgläubiger (§. 892): ebenso auch wenn ohne Solidarität der Schuldner die Wahl hat, an die eine oder die andere Person zu zahlen. Umgekehrt auch Gebundenheit des Klägers an den Gesammtschuldner nach §. 891.[10])

2) Bei collidirenden Rechten entscheidet die Prävention in der Klagenzustellung.[11])

3) Hat der Berechtigte die Wahl zwischen mehreren Ansprüchen (z. B. §. 870 f.), so hört das Wahlrecht mit der Insinuation auf (arg. §. 906.)[12])

4) Haftung des mit unpersönlicher Klage belangten redlichen Besitzers für die nach der Insinuation entstandenen Erweiterungen (natürliche und civile Früchte, zufälliger Erwerb z. B. Alluvion)[13]) und Verminderungen (gänzlicher oder theilweiser Untergang, Beschädigung, Verlust des Besitzes)[14]) des Klagsgegenstandes; während bis dahin §§. 329, 330 maßgebend sind, wird er nun (jedoch nicht unbeschränkt) einem unredlichen Besitzer (§. 1311) gleichgehalten (§. 338).[15]) Haftung auch für die vernachlässigten Früchte, die er nach seinen Verhältnissen hätte ziehen können (§§. 338, 335).[16])

5) Aehnlich Gleichstellung des mit persönlicher Klage auf Herausgabe einer bestimmten Sache belangten Schuldners mit dem Morosen[17]), daher Haftung für ordentliche Verwahrung und Verwaltung der Sache, und für den Zufall in demselben Umfang, wie der beklagte redliche Besitzer (§§. 913, 1295, 1311, arg. §. 338)[18]); und ebenso Haftung (wenn nicht schon von einem früheren Momente) für bezogene und vernachlässigte Früchte (arg. §§. 1333, 1334, 328 vgl. §. 913 a. E.).

6) Hat die persönliche oder die Erbschaftsklage die Zahlung einer Summe Geldes zum Gegenstand, so gebühren dem Kläger, weil Beklagter mindestens seit der Insinuation im Verzug ist (§. 1334), von da an Verzugszinsen (§. 1333, Hofd. 18. Jänner 1842 Nr. 592)[19]) und zwar 6% (Ges. v. 14. Juni 1868 Nr. 62), welche jedoch nur dann selbständig hervortreten, wenn nicht schon aus anderem Grunde ebenso hohe Zinsen gebühren.[20]) Man nennt diese Zinsen, wenn der Beklagte sich nicht in schuldbarem Verzug befindet, oft Proceßzinsen, allein da nach österreichischem Recht unter Verzug, soweit es sich um Zinsen handelt, auch der nicht schuldbare Verzug verstanden wird, entfällt jeder Grund jener Benennung.

7) Bereicherungsansprüche (z. B. §§. 949, 1424, 1431, 1434, 1447, Art. 83 W. O.) werden durch die Klagsbehändigung derart fixirt, daß gerade die zu dieser Zeit vorhanden gewesene Bereicherung herauszugeben ist, der spätere Wegfall derselben dem Beklagten nicht nützt (§. 1417; vgl. §. 331: „gegenwärtigen Werthe").[21])

III. Die Litiscontestation (Streiteinlassung) hat nur die materiellrechtliche Wirkung, daß derjenige, qui liti se obtulit und dadurch den Kläger

Digitized by Google

irreführt, diesem zum Ersatze alles aus der Irreführung erwachsenden Schadens verpflichtet wird (§. 377).[22])

Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn der Rechtsstreit vor dem competenten Richter anhängig gemacht wird. Die Competenz kann aber auch künstlich durch Schiedsrichtervertrag (Compromiß) — eine Art Vergleich — begründet werden (§. 1391 b. G. B.). Erfordernisse: Schriftlichkeit (§. 270 A. G. O.), Streitigkeit des Rechtes (§. 1380) und Uebereinkommen auf eine bestimmte Person als Schiedsrichter. Die Verabredung künftiger schiedsrichterlicher Entscheidung etwa eintretender Rechtsstreitigkeiten ist also noch kein Compromiß, sondern ein Vorvertrag (pactum de compromittendo)[23]), der, wo nicht rechtsgiltige Statuten Anderes bestimmen (z. B. bei Brandversicherungsanstalten),[24]) nach §. 936 zu beurtheilen ist. Die Wirksamkeit des Compromisses abhängig von der Annahme des Schiedsrichters (receptum arbitrii) §. 271 a. G. O. Dann gleiche Wirkung der Anhängigmachung des Streites vor ihm, wie vor dem ordentlichen Richter.

1) Savigny VI. S. 1—256, Unger II. S. 518—550, Arndts §. 113, Vangerow §. 160, Puchta §. 96, Keller §. 95. Insbes. über Proceßobligatio: Savigny S. 34 f., 246, Unger S. 527 f., Arndts a. a. O., Vangerow S. 279; exceptio litis pendentis: Unger S. 528 Note 27. — 2) Vgl. Entsch. G. Z. 1868 Nr. 78, G. H. 1868 Nr. 54 [= Sammlung VI. Nr. 3053, 3032.]. — 3) Unger S. 518 bis 527. — 4) Unger S. 531 f., Savigny S. 254 f., Arndts a. a. O. Anm. 5. — 5) Unger S. 534. — 6) Heinke S. 221. — 7) §. 1325. An sich ist die Schmerzengeldklage unvererblich §. 531, 918; ist sie aber einmal anhängig, so darf dem Beklagten seine Zögerung nicht mehr zum Vortheil gereichen. — 8) Unger S. 535. Anders bei der Scheidung: Entsch. G. Z. 1874 Nr. 25 [= Sammlung XII. Nr. 5288.]. — 9) Unger S. 535 f. — 10) Unger S. 536 f. — 11) Unger S. 538. — 12) Unger S. 538 f. — 13) Savigny S. 101, 103, 105. — 14) Savigny S. 165 f., Unger S. 540 f. — 15) Vgl. Savigny S. 79 bis 100. — 16) Unger S. 593 und I. S. 467 Note 27 a. E. — 17) Unger S. 544, 445, Savigny S. 110, 169 f., Entsch. G. Z. 1871 Nr. 80 [= Sammlung IX. Nr. 4167.]. — 18) Vgl. auch Entsch. G. Z. 1868 Nr. 3 [= Sammlung VI. Nr. 2876.]. — 19) Unger II. S. 545 Note 39 behauptet, daß im §. 1333 der Ausdruck „Verzögerung" = schuldbare Verzögerung sei, was sich schon aus der Stellung des §. im Hauptstück vom Schadenersatz ergebe. Er gewinnt den Satz des Textes nur arg. §. 338. Allein danach müßte auch bei einer Klage auf eine Quantität sonstiger fungibler oder nicht fungibler Sachen die Verpflichtung zur Zahlung von Proceßzinsen entstehen, was doch gewiß unrichtig wäre. „Verzögerung" in §§. 1333, 1334 ist also im weiteren Sinne zu nehmen. — Vgl. auch Randa G. Z. 1869 Nr. 63 Note 43. — 20) Savigny S. 139 f., Unger S. 548. — 21) Unger S. 549; es ist eben Pflicht des Beklagten, dafür zu sorgen, daß der Kläger Alles erhalte, was er erhalten haben würde, wenn das Urtheil bei der Behändigung der Klage hätte gesprochen werden können. — 22) Unger S. 549, 550. — 23) Puchta §. 296 a. E. — 24) Vgl. Jud. Buch Nr. 26 in G. Z. 1872 Nr. 74 [= Sammlung II. Nr. 1007.].

Digitized by Google

Dritter Abschnitt: Einfluß der Entscheidung auf das streitige Rechtsverhältniß.

§. 160.

A. Vom Urtheil.

Begriff. Stattgebende, abweisliche, gemischte Urtheile. Aus dem abweislichen entsteht kein besonderes Recht für den losgesprochenen Beklagten. Scheinbare und wirkliche Ausnahmen (Erkenntnisse über Theilungsklagen).

Rechtskraft im formellen und materiellen Sinne. Das rechtskräftige Endurtheil ist fortan, soweit sein Inhalt reicht, der ausschließliche Beurtheilungsmaßstab für das streitig gewesene Rechtsverhältniß. Aber es ist regelmäßig nur declaratorisch. Es stellt nicht die Thatsachen, sondern das Rechtsverhältniß fest. Rechtskraft der Entscheidungsgründe?

Wirkungen des Urtheils: 1) Entstehung der exceptio rei judicatae gegen die Erneuerung desselben Anspruchs unter denselben Personen in einem späteren Rechtsstreit. Kriterien der objectiven und subjectiven Identität. Superveniens causa, und causa adjecta. 2) Beweismittel über das festgestellte Rechtsverhältniß, ausnahmsweise selbst für und gegen dritte Personen. 3) Condemnatorisches Urtheil verstärkt den ursprünglichen Rechtsgrund und setzt ihn außer Zweifel. Novation? Cumulative Novation? 4) Einfluß auf die Verjährung fälliger durch Urtheil zuerkannter Forderungen, die bis dahin einer kurzen Verjährung unterlagen. Anders, wenn das Urtheil auf Zahlung künftig verfallender periodischer Leistungen lautet. 5) Das Zahlungsurtheil ein Pfandrechtstitel, und Urtheile auf Einräumung eines dinglichen Rechtes die Tabularurkunde ersetzend.

§. 161.

B. Vom Vergleich (transactio.)[1]

1) Wesen. Vergleich ist ein Vertrag, wodurch zur Beseitigung der Streitigkeit oder Ungewißheit von Rechtsansprüchen beiderseits etwas von dem wirklichen oder vermeintlichen Rechte nachgegeben wird[2] — also ein entgeltliches Geschäft (§. 1380). Wesentliche Erfordernisse also:

a) ein streitiges oder ungewisses[3] Recht; daher Aufgeben eines gewissen Rechtes Schenkung (§. 1381). Zulässig aber ein Vergleich über eine Streitsache nach rechtskräftigem Urtheil[4], wenn es den Parteien nicht bekannt war; war es einem Theile bekannt, so ist der Vergleich nichtig (§§. 876, 1387).

b) gegenseitiges[5] Nachgeben; gibt der Berechtigte in Allem nach, so ist das Geschäft Schenkung (§. 1381); thut dies der Verpflichtete, so liegt eine Anerkennung vor, die sich vom Vergleich durch ihre Unentgeltlichkeit unterscheidet.[6]

Gerichtliche (vor der Behörde nach vorausgegangener Klage geschlossene) Vergleiche haben alle Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheils.

Besondere Interpretationsregeln für Vergleiche: §. 1389.[7]

Digitized by Google

Einfluß des Irrthums: Irrthümer über die von den Parteien für unzweifelhaft gehaltenen Punkte haben dieselbe Bedeutung, wie bei anderen entgeltlichen Verträgen; der wesentliche Irrthum hat also unter den Voraussetzungen der §§. 871—876[8]) auch hier relative Nichtigkeit zur Folge (§. 1385). Der Irrthum über jene Punkte aber, die als zweifelhafte oder bestrittene Gegenstand des Vergleiches sind, kann nur berücksichtigt werden, wenn einem Theile Arglist zur Last fällt. Daher §. 1387. Daher kann auch ein indebitum promissum, wenn es den Inhalt eines Vergleiches bildet, regelmäßig nicht angefochten werden; ebenso bleiben sonstige Motivirrthümer einflußlos (arg. §. 1385 verb.: „nur"). Rechnungsverstöße unschädlich (§. 1388).

Ansprüche, über welche Vergleiche unzulässig sind: §§. 1384, 1382[9]), 1383.[10])

2) Wirkung ähnlich der des Urtheils[11]): Umwandlung des früher ungewissen Rechtes in ein gewisses[12]) und Hinzutritt eines neuen Rechtsgrundes, so daß das Rechtsverhältniß nunmehr auf dem ursprünglichen und dem Rechtsgrund des Vergleiches beruht, daher es nun genügt, sich zur Erweisung des Rechtes auf den Vergleich zu berufen. Da aber der vorige Rechtsgrund nicht verschwindet[13]), sondern noch immer einen wesentlichen Bestandtheil des Vergleiches bildet, so ist die gesetzliche Erklärung, der Vergleich sei eine Novation (§. 1380) unrichtig[14]), wie denn auch das Gesetz selbst (§. 1390), ganz anders als bei der Novation, bei einem Vergleich über eine Forderung die accessorischen Rechte (Pfandrecht und Bürgschaft) auch für die durch den Vergleich herabgesetzte Forderung aufrecht bleiben läßt, nur daß dem nicht beigezogenen Bürgen und dritten Pfandgeber auch jene Einwendungen, auf welche die Transigenten verzichtet haben, vorbehalten bleiben. Allerdings aber wirkt der Vergleich, obwohl er im Allgemeinen den Rechten Dritter nicht präjudicirt, in jenen Fällen, wo Gleiches auch vom Urtheil gilt, für und gegen Dritte, und namentlich richten sich nach dem die Erbschaftsquoten bestimmenden Vergleich zwischen den Erbschaftsprätendenten auch die Forderungen der Erbschaftsgläubiger.[15])

Der Vergleich beseitigt kraft der in ihm gelegenen Anerkennung auch die gegen den Rechtsanspruch zuständig gewesenen Einwendungen (§. 1396), während das Urtheil diese Wirkung nicht hat, da beim Vorhandensein begründeter Einwendungen überhaupt keine Verurtheilung erfolgen kann.

Vergleich wirkt ferner Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung (§. 1497).

Der gerichtliche Vergleich erzeugt analog der exceptio judicati eine exceptio pacti conventi, und hat die weitere Wirkung, daß die einer außerordentlichen Verjährungszeit unterliegenden fälligen Forderungen von nun an nur der ordentlichen Verjährung ausgesetzt sind (J. M. V. v. 21. Juli 1858 Nr. 105 R. G. B.). Auch schafft er, wenn er sich auf Forderungen bezieht, einen Pfandrechtstitel. Selbst ein außergerichtlicher Vergleich über rückständige Zinsen oder andere periodische Leistungen unterwirft diese Forderungen, die nun eben nicht mehr als periodische erscheinen, der ordentlichen Verjährung.

Digitized by Google

Tritt eine dem Vergleich beigerückte Resolutivbedingung[16]) ein, so lebt das frühere Rechtsverhältniß, auch mit allen durch den Vergleich entfallenen Einwendungen, wieder auf. Auch die Unterbrechung der Verjährung verliert ihre Wirkung hinsichtlich des die Vergleichssumme übersteigenden Betrages.

Als entgeltliches Geschäft unterliegt der Vergleich auch den Grundsätzen von der Gewährleistung[17]) (§. 922 f.), soweit er nicht einen Verzicht auf die letztere enthält; nicht auch jenen von der laesio enormis (§. 935, 1386),

1) Risch Der Vergleich nach gemeinem Recht. 1855. — 2) Arndts §. 269. — 3) L. 1. D. h. t. 2. 15: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. — 4) Bangerow III. §. 668 S. 528 f., Arndts §. 269, Stubenrauch III. S. 612 f., Unger II. S. 618 Note 7 a, Keller §. 284. — 5) L. 38. C. h. t. 2. 4: Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit. Vgl. Stubenrauch II. S. 613, Savigny VII. S. 2. — 6) So schon Unger z. Lehre vom Anerkennungsvertrag (G. Z. 1866 Nr. 32). — 7) Hat sich der Mandatar mit dem Mandanten über alle gegenseitigen Forderungen und Gegenforderungen verglichen, so erstreckt sich dies doch nicht auf die erst später hervorkommende Ersatzpflicht des Mandatars wegen unredlichen Gebahrens. — 8) Diese Voraussetzungen sind zwar hier nicht erwähnt, sie verstehen sich aber von selbst, weil sich das Gesetz nur nicht überflüssiger Weise wiederholen wollte; darum heißt es auch: „kann machen", und das „nur" deutet gleichfalls darauf hin, daß auch hier die Wirkung des Irrthums ebenso beschränkt ist, wie bei anderen entgeltlichen Verträgen. Vgl. Stubenrauch III. S. 619; s. aber auch Entsch. G. H. 1862 Nr. 44 [= Sammlung IV. Nr. 1499.]. — 9) Dagegen ist ein Vergleich auf Scheidung von Tisch und Bett zulässig. — 10) Der Grund ist der, daß vor dem Bekanntsein des Inhalts des Testamentes ein Streit über dessen Tragweite nicht entstehen kann. Zeiller IV. S. 68, Puchta §. 294. Doch reicht dieser Grund nicht aus, die ausnahmslose Anwendung des Rechtssatzes zu rechtfertigen; war der Inhalt des Testamentes vor seiner Eröffnung schon bekannt, so dürfte auch ein Vergleich darüber zulässig sein. Vgl. Stubenrauch III. S. 617, Nippel VIII. S. 36, Risch S. 125. — 11) Keller §. 284 S. 547. — 12) Unger II. S. 618 Note 7. — 13) Die Qualität des Rechtes bleibt die gleiche, wohl aber ändert sich oft sein Umfang, darum nennen manche Civilisten den Vergleich unter den Erlöschungsarten der Rechte. Vgl. Puchta §. 294. — 14) Mit Unrecht behauptet z. B. Stubenrauch III. S. 612 eine Umänderung des Rechtsgrundes. Daß man sich nicht mehr auf den früheren Rechtsgrund zu berufen braucht, beweist so wenig etwas für das Vorliegen einer Novation, daß sogar die Errichtung einer neuen Urkunde, in der doch gewiß keine Novation gelegen ist (§. 1379), die nämliche Wirkung mit sich bringt. Vgl. Schuster Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1830. I. S. 313. — 15) Vgl. Puchta §. 294 a. E. — 16) Z. B. daß er bei nicht pünktlicher Zahlung der verabredeten Raten als aufgelöst betrachtet werden soll. — 17) Vgl. über diese bestrittene Materie Stubenrauch III. S. 614, Nippel Zeitschr. f. Rechtsgel. 1825. II. S. 137 u. A.

Digitized by Google

§. 162.

C. Von der Anerkennung.

Begriff. Unterschied vom Vergleich. Arten: bejahend und verneinend, constitutiv und declarativ, ausdrücklich und stillschweigend.

Wirkung der declarativen Anerkennung: Endgiltige Feststellung des Rechtsverhältnisses (bei festgestellter Leistungspflicht auch Hinzutritt eines neuen Verpflichtungsgrundes), Beseitigung der bisher dem anerkannten Anspruch entgegenstehenden Einwendungen, rückwirkende Kraft, (gleichwohl keine Veränderung der juristischen Qualität des anerkannten Verhältnisses), Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung.

Constitutive Anerkennung schafft ein neues Rechtsverhältniß oder hebt ein bestehendes auf, stützt sich aber dennoch auf einen angeblich in der Vergangenheit gelegenen anderen Rechtsgrund. Daher gleichfalls rückwirkende Kraft.

Anfechtbarkeit der Anerkennung.

§. 163.

Anhang: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[1])

Begriff. Nicht Schutzmittel gegen Rechtsverletzungen, sondern gegen rechtliche Nachtheile, die man sich unter Umständen, welche billige Berücksichtigung verdienen, aber in voller Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des strengen Rechtes zugezogen hat. Gründe namentlich: Minderjährigkeit, Abwesenheit, Zwang, Betrug und Irrthum.

Wegen der durch die Wiedereinsetzung bewirkten Zerstörung an sich wohlerworbener Rechte (Störung der Verkehrssicherheit)[2]) sucht die moderne Gesetzgebung die Anwendung dieses Instituts durch weniger störende Einrichtungen entbehrlich zu machen. Dies ist im materiellen österreichischen Rechte geschehen[3]) bei Minderjährigen durch Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit, Verbesserung der Vormundschaft und §. 1494, bei Abwesenden durch §. 276 und 1496, bei Zwang, Betrug und Irrthum durch §§. 870—876, 1487. Daher das Institut als materiellrechtliches aufgehoben[4]), nur im Proceßrecht[5]) beibehalten. (§. 1450).

1) Savigny VII. S. 90—309, Unger II. S. 692—698, Arndts §. 117—125. — 2) Savigny S. 113. — 3) Unger S. 695 f. — 4) Nicht ganz richtig die Bemerkung Ungers S. 694 Note 8, S. 698 Note 20, daß §. 1450 nur auf die zuletzt genannten Gründe der Wiedereinsetzung passe. Freilich muß der Ausdruck: „wiederrechtliche" in etwas weiterem Sinne verstanden werden. — 5) A. G. O. §. 372 f.

Vierter Abschnitt: Materiellrechtliche Mittel eines wirksamen gerichtlichen Schutzes.

I. Die Beweisregulirung.[1])

§. 164.

1. Gegenstand des Beweises. Beweislast.

Beweisen heißt im Proceß dem Richter genügende Gründe für die Fürwahrnahme der von den Parteien zur Unterstützung ihres Begehrens

Digitized by Google

vorgebrachten Thatsachen beibringen.[2]) Zu beweisen sind jedoch nur jene Thatsachen, welche nicht schon nach processualen Grundsätzen als bewiesen gelten, also nicht: notorische[3]), unter den Parteien unbestrittene, Rechtssätze, wenn sie sich nicht auf ausländisches Recht[4]) stützen (jura novit curia).[5])

Vor Allem muß der Kläger die (bestrittenen) Thatsachen beweisen, auf welche er seinen Klaganspruch gründet. Müßte er aber, um sein Recht als ein gegenwärtig daseiendes zu erweisen, das Vorhandensein aller rechtserzeugenden (positiv wirkenden) und das Nichtvorhandensein aller rechtshindernden und rechtsvernichtenden (negativ wirkenden) Thatsachen darthun, so wäre ihm jede Aussicht auf Erfolg benommen. Es erscheint daher als ein Gebot der natürlichen Billigkeit[6]), bei der Vertheilung der Beweislast den Kläger und den Beklagten nach gleichen Grundsätzen zu behandeln. Für eine solche billige Vertheilung gibt die Verschiedenheit der positiv und negativ wirkenden[7]) Thatsachen die beste Grundlage ab, weil die ersteren für den Kläger, die letzteren für den Beklagten einen Anspruch oder Vortheil begründen und weil es für den Beklagten weit leichter ist, die Existenz einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache oder einer Exception, als für den Kläger, deren Nichtexistenz zu beweisen. Bringt dann der Kläger gegen solche Einwendungen des Beklagten seinerseits ebenfalls negativ wirkende Thatsachen vor (Repliken im weiteren Sinne), so hat diese er, der Beklagte wieder die dagegen vorgeschützten negativ wirkenden Thatsachen (Dupliken) zu erweisen.[8]) Der Grundsatz lautet also: Jeder streitende Theil hat jene bestrittenen Thatsachen, auf welche er ein angesprochenes Recht oder eine erhobene Einwendung gründet, zu beweisen[9]) — gleichviel, ob die thatsächliche Behauptung durch einen bejahenden oder verneinenden Satz ausgedrückt ist (§. 104 A. G. O.).[10]) Es muß also

1) Der Kläger jene Thatsachen anführen und beweisen, aus welchen das Begründetsein seines Klaganspruchs hervorgeht (rechtserzeugende Thatsachen), insbesondere

a) die speciellen Entstehungsgründe des behaupteten Rechtes (Tradition, Schuldversprechen, Delict (§. 1296) u. s. w.[11])

b) den Legitimationspunkt, d. h. jene Thatsachen, aus welchen der Uebergang des Rechtes an ihn (Erbgang, Cession), oder die Berechtigung, es im fremden Namen geltend zu machen (Vollmacht, Vormundschaft) hervorgeht[12]);

c) die Thatsachen, welche das Recht klagbar machen, also bei den unpersönlichen und einigen persönlichen Klagen die Rechtsverletzung (§§. 369, 523, 823 u. a.), bei bedingten und betagten Forderungen den Eintritt der Bedingung oder des Termins.[13]) Dagegen braucht er

2) nicht zu erweisen das Dasein der allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsentstehung[14]), oder das Fehlen jener Umstände, welche ausnahmsweise[15]) einer juristischen Thatsache ihre Wirksamkeit benehmen[16]), auch nicht die gegenwärtige Fortdauer des erwiesenermaßen entstandenen Rechtsverhältnisses[17]), oder das Nichtdasein gegnerischer Exceptionsrechte im technischen Sinne. Rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen, wie Exceptionen bilden vielmehr den Inhalt der vom Beklagten zu erhebenden und zu erweisenden processualen Einwendungen.

Digitized by Google

3) Da die Fortexistenz eines erwiesenermaßen entstandenen Rechtsverhältnisses bis zum Erweise seiner Erlöschung angenommen wird, so hat der Kläger, der aus der Nichterfüllung einer erwiesenen Verbindlichkeit des Beklagten ein concretes Recht ableitet[18]), die Nichterfüllung zwar anzuführen, aber nicht zu beweisen. Sowohl hier, als wenn der Beklagte trotz Nichterfüllung von aller Verpflichtung entbunden zu sein behauptet, trifft ihn die Beweislast (§. 1298).[19])

4) Negirt der Beklagte nur die klägerischen Thatsachen, so braucht er nicht, es muß nur der Kläger beweisen. (Actori incumbit probatio; §§. 323, 324.) Den Beklagten trifft die Beweislast erst, wenn er rechtshindernde, rechtsvernichtende Thatsachen oder Exceptionen anführt (reus excipiendo fit actor)[20]) oder wenn er den vom Kläger geführten Beweis durch den Beweis des geraden Widerspiels (Gegenbeweis) entkräften will.

5) Haben beide Parteien der ihnen obliegenden Beweislast nicht genügt, so wird der Kläger sachfällig, weil es an jedem Grunde fehlt, ihm das Angesprochene zuzusprechen. (Actore non probante reus absolvitur.)[21]) Ebenso, wenn beide ihrer Beweislast Genüge geleistet haben. (§. 324 a. E. 374.)[22])

Ueber die Modification dieser Grundsätze durch die sogenannten Interimswahrheiten vgl. den folgenden Paragraph.

1) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß 1805, Unger II. S. 551—577 und die dort Note 1 Angeführten. Von österr. Autoren neben Unger: Pratobevera Mat. II. S. 1—91, Wagner Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1829. II. S. 315 f., Kitka die Beweislehre im österr. Civ. Pr. 1836, Rizy Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung 1841, Haimerl im Mag. VII. S. 1 f. und 165 f. — 2) Arndts §. 114. — 3) Unger S. 555 Note 10 und die da Angeführten. Dagegen Vesque internat. Priv. R. S. 89. — 4) Hofdecr. v. 23. Oct. 1801 Nr. 542 (Wessely Handb. I. Nr. 487). Entsch. G. Z. 1857 Nr. 95 f. [= Sammlung I. Nr. 344 (kurzer Auszug)], 1861 Nr. 44 [= Peitler wechselr. E. Nr. 201.]. Beweis des Gewohnheitsrechts: Unger II. S. 554 Note 6, Min. V. v. 31. März 1856 Nr. 58 R. G. B. §. 14. Beweis nicht publicirter Privilegien. — 5) Hofd. v. 15. Jänner 1787 lit. ii. (Wessely I. Nr. 1606), §. 12 a. G. O. — 6) Unger S. 450 f. — 7) Nicht zu verwechseln mit negativen Thatsachen; vgl. den Text am Ende dieses Absatzes. — 8) Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Unger S. 560, 561. — 9) Im Wesentlichen fällt das zusammen mit dem von Unger S. 557 formulirten Princip. — 10) Unger S. 561, 562. Der Kläger muß daher bei der condictio indebiti beweisen, daß die vermeintliche Schuld nicht bestand, — ebenso das Ausbleiben des bedingenden Umstandes, wenn das beanspruchte Recht an eine negative Bedingung geknüpft ist — ebenso den Nichtgebrauch der Servitut, wenn er den Untergang derselben durch non usus behauptet. Unger a. a. O. Note 21. (Nach Entsch. G. Z. 1869 Nr. 38 [= Sammlung VII. Nr. 3352.] obliegt, wenn eine Zahlung bei Terminsverlust in Raten geleistet werden soll, dem Schuldner die Beweislast, daß der Terminsverlust nicht eingetreten sei, er also die Verpflichtung pünktlich erfüllt habe.) Nach Entsch. G. Z. 1868 Nr. 45, Pl. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 98 [= Sammlung VI. Nr. 3026, VIII. Nr. 3907.] soll aber der Kläger, wenn er auf Anerkennung der Erlöschung eines Rechtes durch

Digitized by Google

Verjährung klagt (§. 1499), die Nichtausübung nicht zu beweisen, sondern nur zu behaupten haben; Sache des Beklagten soll es sein, darzuthun, daß das Recht während der Verjährungszeit ausgeübt oder die Verjährung sonst gehindert wurde. Für die Richtigkeit dieser Auffassung tritt ein Sentz Unterss. über das jur. Wesen der Verneinung G. Z. 1869 Nr. 101—105. Consequent brauchte auch der Beklagte, der die Verjährung einwendet, sie nicht zu beweisen. — Streitig, ob, wer sich auf das Vertrauen auf das öffentliche Buch beruft, die Beweislast trage; s. Entsch. G. Z. 1856 Nr. 68 und G. H. 1862, Nr. 27 [46. = Sammlung I. Nr. 196, IV. Nr. 1486.]. Sehr streitig auch, ob bei der a. neg. die Nichtexistenz des angemaßten Rechtes bewiesen werden müsse. — Vgl. noch Entsch. G. Z. 1868 Nr. 73, G. H. 1869 Nr. 2 [= Krall Samml. wechselr. E. Nr. 66.]. — 11) Unger S. 455, 456 Note 22. — 12) Activlegitimation. (Passivlegitimation). — 13) Unger S. 463 Note 35. Eine andere Frage ist es (Note 22.), wen die Beweislast treffe, wenn der Beklagte die Bedingtheit des unbedingt geltend gemachten Rechtes behauptet. — Gegen den Bürgen muß der Beweis der vorausgegangenen Einmahnung (§. 1355), nicht auch der der nicht erfolgten Zahlung erbracht werden. Unger S. 470, 471. Der Kläger aus einem Zug um Zug zu erfüllenden Vertrag braucht nicht zu beweisen, daß er schon erfüllt habe oder zur Erfüllung bereit sei (§§. 1052, 1062). Unger S. 468 f., aber auch S. 576 und b. G. B. §. 975. — 14) Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verkehrsfähigkeit der Sache, Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung u. s. w. — 15) Regel und Ausnahme bezeichnet hier nicht die statistische Mehr- oder Minderzahl der Fälle, sondern den allgemeineren und specielleren Rechtssatz; vgl. z. B. §. 923 mit §. 929, §. 922 mit §. 928, §. 934 mit §. 935. Unger S. 458 Note 25. — 16) Kenntniß der verborgenen Mängel, welche die Haftung für Gewährleistung, des wahren Werthes, welche die Haftung wegen laesio enormis ausschließt u. dgl. — 17) Z. B. daß die Darlehensforderung noch bestehe. Ueber die Abweichungen bei Besitz- und Ersitzungsklagen s. unten. — 18) Anspruch auf eine Conventionalstrafe, Verzugszinsen u. s. w. — 19) Unger S. 456 Note 22, S. 566 f. — 20) Unger S. 559. — 21) Unger S. 571. Ist die Entsch. G. Z. 1868 Nr. 45 (oben Note 10) richtig, so wäre das ein Fall, in welchem, wenn keine Partei beweist (bezw. der Verjährungskläger nicht mehr bewiesen hat, als daß die Verjährung beginnen konnte z. B. daß die Forderung fällig war — Pl. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 98 (oben Note 10)), nicht der Kläger abgewiesen, sondern der Beklagte verurtheilt werden muß. — 22) Setzt der Beklagte der Behauptung des Klägers entgegen, daß des Letzteren Recht ein suspensiv bedingtes sei, so ist dies Negation der Perfection des Geschäftes, der Kläger muß daher die Perfection (nicht die Unbedingtheit) beweisen. (Entsch. G. H. 1871 Nr. 29.) Anders, wenn der Beklagte nachträgliche Beifügung einer Suspensivbedingung oder Beirückung einer Resolutivbedingung oder eines Anfangstermins behauptet (vgl. §. 975 b. G. B.) Unger S. 572, 577.

§. 165.

2. Directer und indirecter Beweis. Vermuthungen.

Führung des Beweises durch Nachweis der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache unmittelbar (directer Beweis) — oder durch den

Digitized by Google

Nachweis einer anderen Thatsache, von welcher ein Schluß auf die Wahrheit der ersteren gezogen werden kann (indirecter Beweis). Doch ist im letzteren Falle der Beweis nur dann als erbracht anzusehen, wenn jener Schluß mit innerer Nothwendigkeit gezogen werden kann[2]); wo er nur Wahrscheinlichkeit schafft, neben ihm aber auch noch ein anderer Schluß möglich bleibt, entsteht nur eine Vermuthung (praesumtio, indicium), welche regelmäßig vom Beweise nicht entbindet.[3]) Ausnahmen:

1) beim Beweis einer bestimmten Willensrichtung (§§. 37, 368, 777, 876, 916 u. a.); da man sie nicht unmittelbar wahrnehmen und aus äußeren Thatsachen mit voller Sicherheit auch nicht erschließen kann, muß man sich mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begnügen. Vgl. §§. 368, 777, 876 (Schlüsse aus „Umständen“[4]), den „Verhältnissen“) §§. 37, 876 („offenbar“).[5]) Auf demselben Gedanken beruht die Beweiskräftigkeit aller, namentlich der stillschweigenden (§. 863) Willenserklärungen, aus denen ja auf den Willen geschlossen wird.

2) Wenn einer bestimmten Vermuthung durch gesetzliche Bestimmung die Kraft eines Beweises beigelegt wird: Gesetzliche oder Rechtsvermuthung, praesumtio juris s. legis[6]), (Gegensatz: Gemeine, factische Vermuthung, praes. hominis s. facti). Sie befreit nicht von der Beweislast, sondern erleichtert den Beweis nur durch Aenderung des Beweisthemas.[7]) Es handelt sich auch hier um einen indirecten Beweis. Jede Rechtsvermuthung bedarf einer speciellen Autorisation des Gesetzes, läßt daher keine Analogie zu (§. 105 A. G. O.), doch muß sie nicht nothwendig ausdrücklich ausgesprochen sein, sondern kann auch implicite in einer Gesetzesvorschrift liegen.[8])

Praesumtiones juris schlechthin und praesumt. juris et de jure[9]); den letzteren ist vom Gesetze ausdrücklich die Eigenschaft der Unwiderleglichkeit durch Gegenbeweis beigelegt.

Die wichtigsten Rechtsvermuthungen im b. G. B.: §§. 24 (mit 278), 138, 155—158, 163, 924, 925, 1427—1430 — alle widerlegbar.

Viele unechte Vermuthungen im b. G. B. und unserer übrigen Gesetzgebung, indem „Vermuthungen“ auch genannt werden:

1) Die sogenannten Interimswahrheiten[10]); hier schreibt das Gesetz (ohne Rücksicht auf Wahrscheinlichkeit) vor, eine Behauptung ohne Beweis bis zum Beweis des Widerspiels für wahr anzunehmen, daher geradezu die Beweislast geändert ist; so z. B. §§. 23, 328, 518, 1110, 1232, 1237 b. G. B., Hfd. v. 10. April 1839 Nr. 355 (betreffend den Lohn des Dienstgesindes).

2) Die gesetzlichen Interpretationsregeln[11]) z. B. §§. 667, 675, 683, 479, 1029—1033 b. G. B., §. 4. d. kais. V. v. 27. April 1858 Nr. 63 (Vermuthung für die österreichische Währung). Solche „Vermuthungen“ können unter Umständen auch ohne gesetzgeberische Autorität aufgestellt werden. Auch durch sie wird die Beweislast verändert. Gegenbeweis nur zulässig, wo ihn das Gesetz insbesondere gestattet.[12])

3) Die Dispositivvorschriften, kraft deren ein unbestimmt gelassener Theil der Willenserklärung ohne weiteres nach Maßgabe der Gesetzesbestimmung auszufüllen ist.[13]) Auch hier Aenderung der Beweis-

Digitized by Google

last selbst und Unzulässigkeit des Gegenbeweises. So z. B. §§. 607, 608, 620, 628, 839 (mit §. 555, 896), 1158, 1203, 1228, 1234, 1238, 1416 u. a.)

4) Die gesetzlichen Beweisregeln. Das Gesetz enthält in einzelnen wichtigeren und schwierigeren Fällen mit den allgemeinen Sätzen über die Beweislast übereinstimmende Aussprüche in einer Formulirung, als handle es sich um eine Vermuthung[14]), während doch diese specielle gesetzliche Bestimmung ganz entbehrlich ist, da sie aus den allgemeinen Beweisregeln folgt. So z. B. §§. 17, 99, 324, 355, 360, 1296 u. a.

1) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. V. Abschnitt. Kremer Versuch über die Vermuthungen überhaupt und die gesetzlichen nach dem österr. a. b. G. B. insbes. 1818. Unger II. S. 577—601., Burckhard die civilist. Präsumtionen 1866. Drbr. kritische Vtljschr. XI. S. 590—602. 2) Z. B. der Beweis der Unechtheit einer Urkunde ist erbracht durch den Nachweis, daß der angebliche Aussteller derselben nicht schreiben kann, der des Nichtabschlusses eines Vertrages durch den Nachweis des Alibi u. dgl. Unger S. 578 Note 3. — 3) Unger S. 577, 578. — 4) Unger in der österr. Vtljschr. I. S. 91 f. und System II. S. 579 Note 6 scheint ganz allgemein (nicht bloß für den Beweis der inneren Willensrichtung) die Zulässigkeit des Indicienbeweises im österr. Civilproc. deduciren zu wollen. — 5) Uebereinstimmend die Praxis: vgl. Entsch. Tribüne 1862 Nr. 195 Heft 27, G. Z. 1853 Nr. 52 [= Riehl II. S. 1029; Sammlung II. Nr. 776, 917.] u. a. — 6) Unger S. 579 f. — 7) Unger S. 581 f. — 8) Manche Gesetzesbestimmung wird nur verständlich durch die Annahme, daß das Gesetz gewisse Wahrscheinlichkeitsfolgerungen als vollkommen schlüssig ansieht. So braucht der Umstand, daß der Inhaber eines Beweisdokumentes dasselbe vom Aussteller erhalten habe, nicht bewiesen zu werden (Unger II. S. 579 Note 7), ebenso der Umstand, daß die in der Urkunde genannte Person mit dem gleichnamigen Producenten identisch sei (Pl. Entsch. G. H. 1868 Nr. 94 [= Sammlung VI. Nr. 3131.]); ebenso läßt sich aus §. 1429 die Vermuthung ableiten, daß derjenige, der von mehreren fälligen Zinsraten eine bezahlt, die älteste bezahlt habe. — 9) Dahin gehört z. B. der Satz, daß der unterlassene Widerspruch im Civilproceß ein Geständniß sei, daß das rechtskräftige Urtheil Rechtswahrheit enthalte. Dahn krit. Vtljschr. XII. S. 364 hält Fictionen und unwiderlegbare Rechtsvermuthungen für identisch. — 10) Unger S. 598 bis 600. — 11) Unger S. 597, 598 bes. Note 57, S. 600, 601, Hahn Comm. z. H. G. B, S. 129 §. 3, S. 137 §. 10—12, S. 119 Note 2. — 12) Anders Unger S. 105—110, 597 Note 46. S. 598 Note 48. Auch hält er §. 1030 (S. 110 Note 19) für eine Dispositivvorschrift, und §. 479 für eine Beweisregel (S. 590, 591 Note 35 a). — 13) Sie verhalten sich zu den gesetzlichen Interpretationsregeln wie die Analogie zur Auslegung des Gesetzes: Unger S. 597 Note 45. — 14) Daß sie dies nicht sind, hat schon Weber bewiesen, dem die Meisten folgen; auch Pratobevera Mat. II. §. 7, 8. Unger S. 589. Bei den andern österr. Schriftstellern blieb dieser Fortschritt unbeachtet.

Digitized by Google

II. Die Regulirung der Parteirollen oder der Besitzesschutz.

§. 166.

Einleitung (Grund des Besitzesschutzes).

Der Besitzesschutz eine Garantie des Proceßgrundsatzes actore non probante reus absolvitur gegen mißbräuchliche Umgehung desselben, und der Schutz des Rechtbesitzes ein nothwendiges Mittel der Regulirung der Parteirollen in Fällen, wo dieselben nicht durch die Natur der Sache fixirt erscheinen. Verschiedenheit der Meinungen über diese Frage.

1. Titel: Rechtliche Natur des Besitzes.

§. 167.

A. Begriffsentwickelung.

Besitz an sich ist ein Gewaltverhältniß einer Person zu einer Sache, eine Unterwerfung derselben unter den menschlichen Willen, wobei von der Berechtigung zu dieser Unterwerfung abgesehen wird. Besitzer (juristischer Besitzer) und Inhaber (possessor alieno nomine, detentor), verschieden nicht (wie §. 309 b. G. B. glauben machen könnte) durch das Dasein oder Nichtdasein des Willens, sondern durch die Art des Willens (§. 318).[1])

Elemente des juristischen Besitzes, der allein Besitzesschutz genießt:

a) die factische Gewalt über die Sache (corpus),

b) der Wille, die Sache in seiner Macht zu behalten (animus possidendi, rem sibi habendi, animus domini). Dieb und Räuber daher juristische Besitzer, Faustpfandgläubiger, Miether, Depositare u. s. w. nur Inhaber.

Der Besitz kein Recht, sondern eine Thatsache.[2]) Anders viele Schriftsteller[3]) und §. 308 b. G. B.[4]) Allein daß der Besitz geschützt wird, macht ihn noch nicht zum Recht, denn dieser Schutz wird gewährt aus einem ganz anderen Grunde (oben §. 166), als weil er ein Recht wäre.

Zum Besitze nicht erforderlich eigene Gewahrsame des Besitzers; er kann sie einem Anderen (Depositar, Commodatar, Miether, Pfandgläubiger) überlassen, der sie als Inhaber und Stellvertreter des Besitzers, also in fremdem Namen hat.[5])

Bedürfniß des Besitzesschutzes (der Regulirung der Parteirollen) auch beim Rechtsbesitz[6]) bestehend; schon im römischen Rechte anerkannt und später weiter ausgedehnt[7]) (s. Ausführungen §. 166). Das b. G. B. erklärt (§. 311) alle Rechte, welche Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, für Objecte des Besitzes und erblickt (§. 312) das Wesen desselben in dem „Gebrauche“ oder der Ausübung des betreffenden Rechtes „in eigenem Namen“[8]); jedoch zutreffend nur bei jenen Rechten, welche eine dauernde Ausübung zulassen, weil der Besitzesschutz die Fortsetzung der vor der Störung begonnenen Ausübung ermöglichen soll, die bei Rechten nicht denkbar ist, welche durch einmalige Ausübung erlöschen.[9]) Fruchtnießer, Miether, Pachter, Entlehner, obwohl nur Inhaber der Sache, sind doch Besitzer

Digitized by Google

eines Rechtes (vgl. §. 327 b. G. B.); Finder, Verwahrer sind durchaus Inhaber.[10])

Nach dem Begriff des Besitzes ist der sogenannte bücherliche oder Tabularbesitz, darin bestehend, daß Jemand als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache oder als Subject eines sonstigen dinglichen Rechtes an einer solchen in das öffentliche Buch eingetragen ist (§. 321; Aufhebung dieses Verhältnisses durch Löschung in dem öffentlichen Buche §. 350), kein wirklicher Besitz[11]); das Eingetragensein ist noch keine thatsächliche Macht über die Sache, auch nicht die Ausübung eines Rechtes; diese Macht ist oft, trotz Eingetragenseins des Einen, bei einem Nichteingetragenen, und dieser (der sogenannte physische) Besitzer (§. 312, 313). Wohl erzeugt auch das Eingetragensein gewisse Wirkungen, welche denen des Besitzes ähnlich sind (daher der Namen: bücherlicher Besitz), allein die wesentliche Wirkung des Besitzes, der Besitzesschutz, fehlt dem Eingetragenen als solchem ganz.

Mitbesitz Mehrerer zu ideellen Theilen[12]) möglich, da die Manifestation der Macht (die Ausübung eines Rechtes) auch von Mehreren gemeinschaftlich ausgehen kann. Ausübung auch möglich durch einen der Mitbesitzer (oder einen Dritten, Pachter, Gutsverwalter) im Namen der Mehreren.[13])

1) Bruns §. 55, vgl. Unger der rev. sächs. Entw. S. 102. — 2) Savigny S. 26, 40; „Der Besitz ist Factum und Recht zugleich", wo aber das Wort „Recht" offenbar nicht im technischen Sinne genommen wird. Arndts §. 129, Bruns §. 12, Brinz §. 26, Windscheid §. 150, Randa §. 3, Reuner S. 135, Büchel über die Natur des Besitzes S. 6 Note 2, S. 45 f. Baron §. 112 u. A. — 3) Z. B. Gans über die Grundlagen des Besitzes 1839, Lenz Recht des Besitzes S. 86 f. (mit Beschränkung auf die justa possessio), Tigerström d. bonae f. poss. oder das Recht des Besitzes 1836, und über den Rechtsgrund der poss. Interdicte, im civ. Archiv XXII. Nr. 3 (die b. f. p. soll fingirtes Eigenthum sein), Duroi Obs. de jure in re 1812, Hugo Justit. §. 50, Welcker System der Rechts-, Staats- und Gesetzgebungslehre I. S. 615, Mühlenbruch Pand. I. §. 79, Puchta Rhein. Mus. III. S. 389, v. Thaden Allg. Unters. über d. Begriff. des röm. Interdictenbes. und dessen Classification im Rechtssystem 1833, Hasse jun. Rhein. Mus. VI. S. 184 f., Huschke über die Stelle des Varro v. d. Liciniern (1835) S. 98 f., Fritz Erläut. I. S. 213 f., Ihering Geist III. S. 39, Beitr. (Jahrb. IX.) S. 44 f. („eine Eigenthumsposition"), Stölzel Dogm. Jahrb. VIII. S. 144 f., Goudsmit über Büchels Natur des Bes. (übersetzt v. Sutro) 1868 u. A. — 4) Ueber die Geschichte dieser älteren Doctrin vgl. Savigny S. 35 f. — 5) Ihm kommt daher der Besitzesschutz nicht zu (Randa G. Z. 1863 Nr. 64, 65), wohl aber dem, in dessen Namen er detinirt: Entsch. G. Z. 1866 Nr. 87 [= Sammlung V. Nr. 2569]. L. 18 pr.D. h. t. 41. 2. — 6) Dieses passenden Ausdrucks bedienen sich z. B. Arndts krit. Ueberschau I. S. 358, Randa österr. Vtljschr. XI. S. 1 f. — 7) Puchta Rechtslex. II. S. 69, Pand. §. 137, Savigny S. 612 f., Randa a. a. O. S. 9. — 8) Anders Ihering Beitr. bes. S. 161, 166, welcher bei der Begriffsbestimmung des Besitzes das Gewicht nicht so sehr auf die Handlung des Ausübens, als vielmehr auf die äußere

Digitized by Google

Erscheinung legt, in welcher ein Rechtsverhältniß aufzutreten pflegt. — 9) Savigny S. 613, Unger I. S. 531 f., 546, Randa a. a. O. S. 5. — 10) Außer dem Sachen- und Rechtsbesitz kennt das röm. Recht als dritte Species noch den sog. abgeleiteten Besitz, welcher meist als eine Art Sachbesitz aufgefaßt wird. Savigny S. 125—130, 138—151, Keller §. 115, Arndts §. 135, Puchta Pand. §. 125, Vangerow I. S. 404 f., 409, Holzschuher II. 1. S. 10—12. In das österr. Recht ist dieses rein positive Institut nicht übergegangen. Randa österr. Vtljschr. XIV. S. 246 Note 13. — 11) Uebereinstimmend Randa österr. Vtljschr. VII. S. 256 f., und Besitz §.5, Unger II. S. 285; dagegen Pawlowicz in der österr. Vtljschr. IX. S. 306 f., Wehli G. H. 1869 Nr. 6. Die richtige Ansicht unterstützt §. 302 A. G. O. §. 450 siebenb. C. P. O., wo zwischen der Umschreibung und der Einräumung des „bloßen Besitzes eines Gutes" unterschieden wird. Vgl. Entsch. G. Z. 1858 Nr. 54 (Sammlung I. Nr. 484). „Die Einverleibung ist nur ein Mittel, die Ausübung des Rechtes zu sichern, nicht aber die Ausübung selbst." — 12) Vgl. Savigny S.298 f., Puchta Rechtslex. S. 50, Hesse im pract. Arch. N. F. IV. S. 113 bis 148. — 13) Der Mitbesitz ist nur construirbar, wenn jeder eine Ausübungshandlung Vornehmende (sei er selbst Mitbesitzer oder nicht) auch als Stellvertreter der Mitbesitzer gedacht wird, da man ja ein Haus nicht nach Quoten bewohnen, ein Grundstück nach Quoten bebauen, eine Servitut nach Quoten ausüben kann. Auch wenn die Mitbesitzer übereinkommen, den Besitz reihenweise auszuüben, sind sie alle, nicht bloß der derzeit Ausübende, als Besitzer anzusehen. Entsch. G. H. 1870 Nr. 43 [= Sammlung VII. Nr. 3561].

§. 168.

B. Rechtswirkungen des Besitzes.[1])

Die nächste und wesentlichste Wirkung jeden Besitzes ist der ihm zukommende gerichtliche Schutz gegen eigenmächtige Eingriffe (§§. 339, 346). Andere rechtliche Wirkungen kommen nur dem besonders qualificirten Besitze zu: Dem redlichen Besitzer fällt das Eigenthum der separirten Früchte (§. 330), unter Umständen selbst das Eigenthum der von einem Nichteigenthümer erworbenen Sache zu (§§. 367, 371, 824); rechtmäßiger (titulirter) Besitz (der sich auf einen, trotz vielleicht fehlenden Rechtes des Auctors [§§. 316, 1461], objectiv giltigen Act — sogenannten Titel — stützt), erscheint als Voraussetzung der Erwerbung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte: er führt unmittelbar zu dieser Erwerbung[2]), wenn der Vormann Eigenthümer ist (§§. 380, 425, 451, 481 u. a. vgl. §. 381), sonst kann er mittelbar durch Ersitzung (§. 1460) dahin führen, und verschafft schon vorher petitorischen Schutz (a. publiciana §. 372).[3]) Der rechtmäßige und redliche Besitz wird mit Rücksicht auf die erwähnte Hauptwirkung von den Romanisten Usucapionsbesitz (civilis possessio),[4]) der einfache Besitz Interdictenbesitz genannt; das österreichische Recht nennt den ersteren den rechtlichen Besitz (§§. 797, 1466 b. G. B. Pat. v. 9. August 1854 §. 145), den letzteren factischen Besitz (§. 5 d. kais. V. v. 27. October 1849). Unpassend nennt man die erwähnten Wirkungen des Besitzes auch Rechte

Digitized by Google

des Besitzes (jura, commoda, beatitudines possessionis; vgl. §. 344 u. M. R. zu §. 329 b. G. B.). Etwas anderes das Recht zum Besitze (jus possidendi §§. 317, 320 b. G. B.)[5]), welches demjenigen zukommt, der einen persönlichen oder dinglichen Anspruch auf Einräumung des Besitzes hat. Wieder etwas anderes im b. G. B. das Besitzrecht. Darunter ist zu verstehen der rechtmäßige Besitz (mit welchem Ersitzbarkeit, publicianische Klage und Vermittelung des Erwerbes dinglicher Rechte als Wirkungen verbunden sind) (§. 319, M. R. zu §§. 321, 322 b. G. B.).[6]) Im G. B. gedacht als ein vom Besitz und vom Eigenthum verschiedenes Recht (§§. 851, 853), kraft der mit ihm verbundenen a. publiciana in der Mitte stehend als „stärkeres Recht" (§§. 324, 346, 347) zwischen dem einfachen Besitz als dem schwächsten und dem Eigenthum, das ihn kraft der rei vind. schlagen kann, als dem stärksten der drei Rechte.[7]) Und da bei dinglichen auf unbewegliche Sachen sich beziehenden Rechten das Eingetragensein im öffentlichen Buche ungefähr das Nämliche leistet, was bei beweglichen der rechtmäßige Besitz (§. 425 vgl. mit 431, 445, §. 1466 vgl. mit 1467, 1469, §. 372 vgl. mit 441), so nennt das G. B. auch dieses Eingetragensein bald „rechtmäßiger Besitz" (§§. 321, 441), bald „Besitzrecht" (§. 321 M. R., §. 322.). Doch ist der rechtmäßige Besitz (bei den Romanisten oft putatives, prätorisches, fingirtes Eigenthum genannt) keineswegs ein eigenes Recht[8]); er wird zum wirklichen Recht erst durch die Ersitzung. Der publicianische Schutz beruht nur auf einer Fiction des Eigenthums.

Andere beatitudines possessionis der älteren Doctrin[9]) und des b. G. B. laufen, wenn auch meist in mehrere Sätze aufgelöst, auf den dem Besitzer gebührenden possessorischen Schutz hinaus[10]); so

1) der Satz, daß der Besitzer die Vermuthung eines giltigen Titels (die Vermuthung des Rechtes) für sich hat (§. 323)[11]); er besagt nur, daß den Besitzer (was, da er die Beklagtenrolle hat, selbstverständlich ist) die Beweislast nicht treffe. Daß er nichts anderes besagt, ergibt sich daraus, daß auch der Besitzer die Rechtmäßigkeit seines Besitzes erweisen muß, wenn ihn die Beweislast nach den allgemeinen hierüber geltenden Grundsätzen trifft, nämlich wenn er ausnahmsweise als Kläger aufzutreten hat oder wenn er als Beklagter den vom Kläger geführten Beweis entkräften will.[12])[13])

2) Der Satz, daß der Besitzer nicht aufgefordert werden kann, den Grund seines Besitzes anzugeben (§. 323).[14]) Schon Hofd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621 lit. cc bestimmt, daß gegen den Besitzer, der sich rühmt, daß ihm ein Recht an der von ihm besessenen Sache zustehe, die Provocationsklage (§. 66 A. G. O.) nicht zulässig sei[15]) — offenbar, weil ihm in dem provocirten Proceß die Beklagtenstellung gebühren würde. Auch dieser Rechtssatz ist also nur eine Umschreibung des anderen, daß dem Besitzer im petitorischen Proceß die Beklagtenstellung zukommt. Keine Ausnahme hievon auch im §. 324, d. h. auch gegen den ist die Provocationsklage unzulässig, der sich im Besitze eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes befindet (z. B. einer Servitut); zwar muß er, wenn der Eigenthümer, negatorisch klagend, sein Eigenthumsrecht bewiesen hat, die Grundhältigkeit seiner

Digitized by Google

Servitut darthun; aber obwohl ihn in diesem Falle die Beweislast trifft, kann der Eigenthümer gegen ihn doch die Aufforderungsklage nicht gebrauchen. — Die vom Gesetz (§. 325) hervorgehobene Ausnahme gehört, weil gar nicht privatrechtlicher Natur, nicht hieher.

3) Der Satz, daß der Gegner des Besitzers als Kläger auftreten und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun muß (§. 324).[16]) Folgt von selbst daraus, daß der Besitzer im Petitorium der Beklagte ist. „Stärkeres Recht" s. oben bei Note 7. Ebenso

4) der Satz, daß dem Besitzer im Zweifel der Vorzug gebührt[17]); Umschreibung des Satzes, daß Beklagter zu absolviren ist, wenn keiner von beiden Theilen bewiesen hat.

Selbstvertheidigung (§. 344) kein besonderes commodum poss., denn jeder Angegriffene[18]) kann von dem Recht der Nothwehr Gebrauch machen. Uebrigens ist der Satz (vorwiegend) strafrechtlicher Natur[19]) (§. 2 lit. g. St. G. B.).

Recht des redlichen Besitzers, die Sache nach Belieben zu brauchen, zu verbrauchen, auch wohl zu vertilgen? (§. 329 u. M. R.)[20]) In der That beruht diese Loszählung von der Verantwortlichkeit nur auf dem Satze, daß, wo keine culpa, da auch keine Schadenersatzpflicht ist (§. 1295, 1306).[12])

Da der Inhaber Stellvertreter des Besitzers ist, so berechtigen eigenmächtige Störungen der Innehabung durch Dritte regelmäßig nur den Besitzer[22]) zur Ergreifung gerichtlicher Schutzmittel[23]) und ebenso kommt die a. publiciana und die Ersitzung nur diesem zu Gute.[24]) Ist aber Jemand Inhaber im eigenen Interesse (Miether, Fruchtnießer, Faustpfandgläubiger, Retentionsberechtigter), dann ist er nicht nur Stellvertreter des Besitzers, sondern auch selbst Besitzer seines Miethrechtes, Fruchtgenusses u. s. w., und Eingriffe in seine Innehabung (seitens des Sachbesitzers oder seitens Dritter) berechtigen ihn zur selbständigen Verfolgung seines Rechtsbesitzes. Ob bei Eingriffen Dritter nur er oder auch der Sachbesitzer die possessorischen Klagen habe, hängt davon ab, ob der Eingriff nur gegen den Rechts- oder gegen den Sachbesitz gerichtet war.

1) Savigny §§. 2—4, Puchta Rechtslex. S. 43—45, Pand. §. 132. — 2) Windscheid §. 148 Note 8. — 3) Savigny S. 13, 14, Puchta a. a. O. §. 45 bestreiten, daß die Publiciana unter diesen Gesichtspunkt zu bringen sei, denn sie sei eine auf der Fiction vollendeter Ersitzung beruhende, also eine wirkliche Eigenthumsklage. Das ist keine Widerlegung. — Beide Schriftsteller nehmen nur zwei eigentliche Wirkungen des Besitzes an: die Interdicte für den factischen, die Usucapion für den rechtlichen Besitz, und Puchta neigt dahin, auch letzteres in Abrede zu ziehen, weil zur Ersitzung noch die Zeit als zweiter Factor dazu kommen müsse. — 4) Deren Gegensatz die naturalis possessio ist. Vgl. über die Streitfrage nach der Bedeutung dieser beiden Termini Windscheid §. 148 Note 12. — 5) Savigny S. 4, 34, Arndts §. 135, Keller §. 119, Puchta a. a. O. S. 42. Den Unterschied zwischen jus possessionis und jus possidendi hat klar auseinandergesetzt Donellus (comm. lib. IX. cap. 9), und Savigny S. 4 Note 1 bemerkt, daß diese Unterscheidung zu leicht sei, als daß es nöthig wäre, länger dabei zu ver-

Digitized by Google

weilen. — 6) Vgl. auch Unger II. S. 366 Note 2 a. E. — 7) Daß das Recht desjenigen, der gegen den bücherlichen Besitzer ersessen hat (§. 1468) noch stärker ist, als das „Besitzrecht", indem es sogar gegen das Eigenthum durchdringt (§. 1468) und doch nur Besitz zu sein scheint, darf nicht beirren; hier wird der obligatorische Anspruch auf Einräumung des Eigenthums, der durch die Ersitzung entstanden ist, nicht der Besitz geschützt. — 8) Das b. G. B. §. 523 betrachtet ihn offenbar als ein eigenes dingliches Recht. — 9) Einer der alten Schriftsteller brachte die Zahl derselben auf 72; Savigny S. 11 Note 2. — 10) Savigny S. 15, Puchta a. a. O. S. 43. Vgl. neuestens Büchel über die Natur des Besitzes S. 50. — 11) Savigny S. 15 Note 1.. Auf gleicher Stufe steht der oft behauptete Satz, der Besitz sei „präsumtives Eigenthum" — ein Satz, den Savigny noch in der 5. Auflage vertrat, in der 6. aber (S. 10 u. 42) entschieden aufgab, da er auch nichts anderes bezeichne, als die Freiheit des Besitzers von der Beweislast. — 12) Man denke an den Fall einer auf die Ersitzung gestützten Klage oder Einrede (§. 1477), oder an die publicianische Klage, wo der Kläger die Rechtmäßigkeit seines verlorenen Besitzes, der Beklagte aber, wenn er sich hiegegen erfolgreich vertheidigen will, die Rechtmäßigkeit seines gegenwärtigen Besitzes beweisen muß (§. 372). Daraus folgt, daß umsomehr derjenige Besitzer, welcher der rei vind. die Einwendung des später erworbenen Eigenthums entgegensetzen will, den Beweis seines Eigenthums und daher insbes. der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu führen hat. Unger II. S. 592 Note 38. — 13) Keine Ausnahme, daß man bei possessorischer Geltendmachung eines Anspruchs auf positive Leistungen mit bloßer Berufung auf den nachgewiesenen bisherigen Besitz die Fortsetzung der Leistungen bis zum Beweise des mangelnden Rechtes erzwingen kann (§. 351 mit §. 339), denn hier wird nicht das Recht, sondern der Besitz geltend gemacht. — 14) Savigny S. 15 Note 1. — 15) Das gilt auch bei einer Aufforderung wegen eines Baues (Sammlung I. Nr. 110, 205, Entsch. G. Z. 1859 Nr. 97, 148, 149; G. H. 1867 Nr. 5, 1870 Nr. 44; Dagegen Entsch. G. Z. 1857 Nr. 112. [= Sammlung II. Nr. 958, 981, V. Nr. 2332, VII. Nr. 3614, I. Nr. 347.]) — 16) Savigny a. a. O. — 17) Ebenda. — 18) Puchta a. a. O. S. 43, Savigny S. 17. — 19) Savigny a. a. O. — 20) Dieses §. wegen behauptet Wiesenauer in d. Ztschr. f. R. u. St. W. 1835 II. S. 195, der redliche Besitzer könne die Sache mit Rechtswirksamkeit für den Eigenthümer belasten. Dagegen mit Recht Unger Kritik des sächs. Entw. S. 88, Syst. I. S. 576 u. Note 30. — 21) Unger II. S. 540 Note 23, I. S. 222 Note 32. Allerdings kann man wohl (arg. §. 415 a. E.) sagen, daß auch ein redlicher Besitzer in culpa sein könne (Kirchstetter S. 195 Note 1, 3); allein die Redlichkeit, von der §. 326, und jene, von der §. 415 handelt, sind ganz verschiedene Begriffe. Vgl. Zródłowski Unters. S. 10 f. — 22) Winiwarter II. S. 77—79 u. A. wollen diesfalls die Innehabung dem Besitze gleichstellen; vgl. dagegen Randa G. Z. 1863 Nr. 64, 65. — 23) Wenn nicht etwa der Inhaber auch zu derlei Acten die Ermächtigung erhalten hat, eine Annahme, die zu Gunsten des Depositars in jenen Fällen nahe liegt, wo der Deponent nicht rechtzeitig einschreiten kann; vgl. §. 1029 b. G. B. — 24) Die Ausübungsacte des Inhabers sind eben

Digitized by Google

als Acte des von ihm vertretenen Besitzers anzusehen. Arndts §. 135, Savigny S. 2, 3, Puchta Pand. §. 123, Rechtslex. S. 42, Entsch. G. H. 1866 Nr. 87 [= Sammlung V. Nr. 2569.].

§. 169.

C. Subjecte des Besitzes.[1]

Dies kann Jedermann sein, in dessen Verkehr sich jene Sache oder jenes Recht befindet, um dessen Besitzesschutz es sich handelt (§. 311).[2] Wohl aber wäre es ein Widerspruch, Jemanden in einem Besitze eines Gegenstandes zu schützen, der ihm definitiv niemals zugesprochen werden darf, obwohl Gewaltthätigkeiten auch in solchen Fällen hintanzuhalten sind. Sache oder Recht sind in Jemandes Verkehr, wenn er Subject des betreffenden Rechtes sein kann. Uebertragbarkeit des Rechtes ist nicht wesentlich. Danach der Sclave und das Hauskind nach römischem Recht[3] besitzunfähig; im heutigen österreichischen Recht[4] kann höchstens den Mitgliedern geistlicher Orden und in Retorsionsfällen die Besitzfähigkeit aberkannt werden. Besitzfähigkeit willensunfähiger Personen (Kinder, Geisteskranker, juristischer Personen) trotz fehlenden eigenen Besitzwillens ermöglicht durch die Fiction, daß der Wille ihrer Repräsentanten als ihr Wille anzusehen sei (§. 310, 337).[5] Bei der ruhenden Erbschaft wird sogar Besitz des Verstorbenen bis zur Besitzerwerbung seitens des Erben fingirt (§. 547).

Mitbesitz Mehrerer an demselben Gegenstand möglich; nie aber können Mehrere gleichzeitig Alleinbesitzer desselben Gegenstandes sein (compossessio plurium in solidum)[6], denn der Besitz ist wesentlich ausschließlich[7]; Besitzergreifung durch einen neuen Besitzer hebt, soweit sie reicht, den früheren Besitz sofort auf (§. 349).

1) Savigny S. 134—137, Puchta Rechtslex. S. 46, 58, 59. — 2) Der §. betrifft auch die subjective Verkehrsfähigkeit bezw. Unfähigkeit; vgl. §. 355, 1453, 1460 bes. aber §. 1456. — 3) Savigny S. 134 f., Puchta Pand. §. 127, Arndts §. 137. — 4) Anders im früheren Recht: Türkische Unterthanen, Juden. Vgl. Entsch. G. H. 1865 Nr. 32 [= Sammlung IV. Nr. 2005.] — Diese Erscheinung erklären Puchta Rechtslex. S. 45 f., Savigny S. 27 aus dem Satze: plurimum ex jure mutuatur possessio; Ihering Beitr. S. 124 f. findet darin nur eine Consequenz des Umstandes, daß Besitzesschutz nur Eigenthumsschutz sei. — 5) Auch dies erklärt Ihering S. 133 f. daraus, daß diese Personen eigenthumsfähig und Besitzesschutz nur Eigenthumsschutz sei. — 6) L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. — 7) Savigny §. 11, Keller §. 117, Arndts §. 138, Puchta §. 129 und im Rechtslex. S. 49, 50, Holzschuher II. 1. S. 12.

§. 170.

D. Objecte des Besitzes.

Sachen und Rechte, auch zu intellectuellen Theilen. Körperliche Theile einer Sache für sich allein, und mit dem Ganzen? Verkehrsfähigkeit des Objects. Oeffentliche Wege. Oeffentliche und überhaupt fließende

Digitized by Google

Gewässer? Servituten, Bodenrecht, Erbpacht und Erbzinsrecht. Obligationen mit dauernder Ausübung ihres Inhaltes; — gerichtet auf wiederkehrende positive Leistung? Reallasten. Pfandrecht. Familienrechte. Erbrecht?

2. Titel: Erwerb des Besitzes.[1])

§. 171.

Allgemeines.

Erforderlich ist Besitzergreifung (Apprehension), d. h. die Herstellung jenes äußerlichen Verhältnisses der Person des Erwerbers zur Sache, wonach sie als in seiner Gewalt befindlich anzusehen ist — und Vorhandensein des Besitzwillens. Unmittelbarer, mittelbarer (§. 314) — einseitiger, zweiseitiger (einseitige Handlung des Erwerbers, und Erwerb mit Zustimmung des bisherigen Besitzers bezw. Desjenigen, gegen den der Besitz gerichtet sein soll.)[2]) Zum einseitigen gehört der unmittelbare, und vom mittelbaren der eigenmächtige, zum zweiseitigen der einverständliche mittelbare (§. 315).

1) Savigny Abschnitt 2. und 5, Puchta Rechtslex. II. S. 54—63, 69—71. — 2) Die Eintheilung auch wichtig für den Begriff einer Besitzstörung, obwohl dieser noch immer enger ist, als der mittelbare eigenmächtige Besitzerwerb. Man denke an Fruchtseparation des b. f. poss., Specification, Besitzergreifung durch den Erben, die keine Besitzstörungen sind, wohl aber mittelbarer einseitiger Erwerb. — Die Ausdrücke „ein- und zweiseitig" (besser als „originär" und „derivativ", vgl. Savigny S. 226) gebrauchen z. B. Puchta S. 55, Unger Entw. f. Sachsen S. 80. Randa XIV. S. 247 verwirft sowohl die Eintheilung in ein- und zweiseitigen, als die in ursprünglichen und abgeleiteten Besitzerwerb.

I. Erwerb des Sachbesitzes.

A. Besitzergreifungsact.

§. 172.

1. Beim einseitigen Besitzerwerb.

Der Sachbesitz ist die äußere Gestalt, in der uns das Eigenthumsrecht entgegentritt, daher erworben durch jene Acte, welche diese äußere Erscheinung zu erzeugen geeignet sind, — verschieden nach den Objecten; maßgebend die Lage, in welche der Eigenthümer Sachen dieser Art zu bringen pflegt.

Ergreifung beweglicher Sachen und (Dauerhaftigkeit) Herstellung der entsprechenden Lage; wo letztere schon vorhanden, ist Ergreifung überflüssig. Betreten unbeweglicher Sachen in Verbindung mit einer die Eigenthumsabsicht constatirenden Thatsache: Bearbeitung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung, Benutzung u. s. w. Alles dieses ist Occupation.

Digitized by Google

§. 173.

2. Beim zweiseitigen Besitzerwerb.

Begriff der Tradition. Succession in den Besitz? Uebergabe beweglicher Sachen von Hand zu Hand; traditio longa manu; symbolische Tradition. Besitzübergang auch durch sie, jedoch nicht unbeschränkt. Andere Traditionsacte. Uebergabe unbeweglicher Sachen durch Besitzeinführung, symbolisch; nicht genügend die bloße Erklärung an den Erwerber, er möge über die Sache verfügen. Intabulation eine Art der Uebergabe? Erbgang? Umfang des Besitzerwerbes verschieden bei ein- und bei zweiseitigem Besitzerwerb.

B. Besitzwille.

§. 174.

1. Bei eigener Handlung des Erwerbers.

Besitzwille (animus domini, nicht opinio dominii) ist der Wille, die Sache als die seine zu behandeln (§. 309).[1]) Ganz willensunfähige Personen können daher durch eigene Handlungen nicht (wohl aber durch Stellvertreter §§. 310, 337) Besitz erwerben (§. 310).[2]) Doch ist nicht volle Handlungsfähigkeit erfordert, da es sich weder um Veräußerung noch Uebernahme einer Verbindlichkeit (§. 865) handelt. Daher die Besitzerwerbsfähigkeit der puberes infantia majores, erklärter Verschwender u. s. w. (§. 310 a. E.).

An einer Sache, die Jemand schon detinirt, erwirbt er schon durch nachträgliches Hinzukommen des Besitzwillens, wenn es mit Zustimmung des bisherigen Besitzers geschieht, juristischen Besitz, weil ein besonderer Traditionsact ja nur das bewirken könnte, was schon da ist. Dies ist traditio brevi manu[3]) (ein Fall der „Uebergabe durch Erklärung" §. 428 b. G. B.). So auch der Verkaufscommissionär, wenn er die zu verkaufende Waare selbst als Käufer behält, Art. 376 H. G. B. Auch bloßer Mitbesitz kann auf diesem Wege begründet werden. Fehlt aber die Zustimmung des bisherigen Besitzers, dann gilt auch nach österreichischem Recht (§. 319) die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[4]); der bisherige Besitz dessen, für welchen der Detentor bisher innehatte, wird weder aufgehoben, noch unterbrochen, noch auch nur gestört[5]), auch für den Inhaber die Möglichkeit der Ersitzung nicht begründet[6]), endlich auch in der Vertheilung der Parteirollen bei der Eigenthumsklage und der Beweislast nichts geändert. Die Aufforderungsklage, die gegen den Besitzer unstatthaft ist (§. 66 A. G. O.), ist daher gegen den Pachter, der sich des Eigenthumsrechtes berühmt, zulässig[7]), dagegen kann er auch durch Vorschützen einer exceptio dominii keine Aenderung der Parteirollen erzwingen (§. 1109).[8])

Unternimmt aber der den Besitzwillen eigenmächtig fassende Inhaber zugleich eine Besitzhandlung, die nicht mehr als Ausfluß seines bisherigen Inhaberverhältnisses angesehen werden kann[9]), so wird er dadurch zum Be-

Digitized by Google

sitzer, weil nun greifbare Anhaltspunkte für eine Aenderung des Besitzstandes vorliegen.

Möglichkeit bedingten oder betagten Besitzwillens bei der Tradition, wo denn auch die Wirkung erst mit dem Eintreten der Bedingung (und zwar mit rückwirkender Kraft) oder des dies eintritt.[10]) Inzwischen gilt gleichfalls die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

1) Savigny S. 279. — 2) Savigny §. 21, Puchta S. 58, 59. — 3) Savigny S. 275 f., Puchta S. 55. — 4) Savigny S. 75—80, 431—434, Bangerow I. S. 401, Holzschuher II. 2, S. 29 und die da Angeführten, Unger sächs. Entw. S. 78, 126, Esmarch vac. poss. trad. S. 14. — 5) Eine Besitzstörungsklage ist also darum allein weder nothwendig, noch zulässig. — 6) §. 1462. Unger Entw. S. 126. — 7) Entsch. G. H. 1862 Nr. 21 [= Sammlung II. Nr. 511.] — 8) Ohne diese Bestimmung müßte diese exceptio durchgreifen, weil sie die Klage nach dem Grundsatze dolo facit, qui petit, quod redditurus est, entkräften würde. Unger I. S. 63 Note 21 begründet den §. 1109 damit, daß „die bona fides fordere, daß die Verträge erfüllt werden". — 9) Der Verwahrer benutzt die Sache, der Miether beginnt sie wesentlich umzugestalten, der Fruchtnießer, sie zu zerstören, der Precarist verweigert die Rückgabe; vgl. Savigny S. 430, 431, Puchta S. 66. — 10) L. 38. §. 1. D. h. t. Savigny S. 278.

§. 175.

2. Beim Besitzerwerb durch Stellvertreter.[1])

Regelmäßig keine absolute Vertretung zulässig rücksichtlich des zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willens; wohl aber hinreichend, daß dieser Wille beim Repräsentirten im Allgemeinen vorhanden sei, so daß der speciellere des Repräsentanten nur als dessen Vollziehung erscheint. Die Willensäußerung dagegen kann unbedenklich auch durch andere Personen, ja selbst durch mechanische Mittel erklärt werden. So kann auch die Apprehension des Besitzes durch einen Vertreter stattfinden, während der Besitzwille bei dem Erwerber selbst vorhanden sein muß.[2]) Der Apprehensionsact des Ersteren bietet nichts Eigenthümliches[3]); sein Wille aber muß darauf gerichtet sein, für den Repräsentirten, also in fremdem Namen zu erwerben.[4]) Würde er in eigenem Namen erwerben wollen, so würde auch er selbst Besitzer werden; anders nur beim zweiseitigen Besitzerwerb, wenn der Tradent dem Vertreter für den Vertretenen tradirt, wo die Treulosigkeit des Vertreters nicht schadet, weil er dem Tradenten gegenüber als Inhaber für den Vertretenen erscheint, und darum §. 319 in pr. auf ihn Anwendung findet.[5])

Ist der Vertretene willensunfähig (juristische Person, Kind, Geisteskranker), dann bedarf es seines animus gar nicht, es genügt der Wille des gesetzlichen Repräsentanten (§§. 310, 337).[6]) Ebenso bei theilweise handlungsunfähigen Personen, die unter väterlicher Gewalt, Vormundschaft oder Curatel stehen, denn ihre Vertreter sind nicht von ihnen bestellt, sondern Substituten der Staatsgewalt, daher der von dieser erhaltene Auftrag allein entscheidet.

Digitized by Google

Beginn des durch einen Repräsentanten erworbenen Besitzes: Handelte der Vertreter in den Grenzen seiner Ermächtigung, so erwirbt der Vertretene den Besitz mit der Apprehension des Vertreters[7]) ohne Unterschied zwischen ein- und zweiseitigem Besitzerwerb, zwischen freiwilliger und nothwendiger Vertretung, und im letzteren Falle auch ohne Unterschied, ob der Vertretene willensfähig ist oder nicht, und bei freiwilliger Vertretung ohne Unterschied, ob der Vertreter einen auf die Erwerbung der bestimmten Sache oder auf die Gattung der Sachen lautenden Auftrag oder nur eine ganz allgemeine Vollmacht hat[8]); §. 1017 unterscheidet diesfalls nicht; in dem allgemeinen Auftrag liegt so weit auch der specielle, als nicht §. 1008 eine Ausnahme macht.

Handelt der Repräsentant ohne Ermächtigung oder mit Ueberschreitung ihrer Grenzen (neg. gestor), so erwirbt der Vertretene den Besitz allerdings erst mit der Ratihabition, aber sie hat wohl auch hier rückwirkende Kraft (also Rückziehung auf den Zeitpunkt der Apprehension.[9])

Nichts als eine Anwendung dieser Grundsätze[10]) enthält das constitutum possessorium, die vom bisherigen (juristischen) Besitzer dem Erwerber gegenüber abgegebene Erklärung, die Sache künftig im Namen des letzteren detiniren zu wollen (§. 428) — eine umgekehrte brevi manu traditio.[11]) §. 319[12]) ist nicht entgegen, denn diese Aenderung ist keine eigenmächtige, sondern setzt zu ihrer Wirksamkeit die Zustimmung des Erwerbers voraus; auch ist erforderlich, daß der bisherige juristische Besitzer seinen Willen kundgegeben habe (§. 428 verb.: „erweislich"), daß er den Erwerber als Besitzer betrachte[13]), entweder indem er[14]) die Sache miethet, pachtet, als Pfand oder im Fruchtgenuß oder leihweise u. dgl. behält, oder ausdrücklich erklärt, daß er den Erwerber als Besitzer oder Eigenthümer betrachte und die Sache für ihn bis zur Ausfolgung nur verwahren wolle.[15]) Nicht genügend die bloße Zusage, verwahren zu wollen, da diese Pflicht dem Veräußerer ohne Rücksicht auf die Uebertragung des juristischen Besitzes schon nach §. 1061 obliegt.[16]) Durch const. poss. kann auch Uebertragung bloßen Mitbesitzes bewirkt werden, wenn die Erklärung des bisherigen Alleinbesitzers nur darauf gerichtet ist.[17]) — Im Zusammenhange mit der Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertretung steht die Frage der Uebergabe durch Versendung: Besitzübergang regelmäßig erst vollzogen in dem Moment, da der Adressat die überschickte Sache erhält[18]); hat er aber die Ueberschickungsart vorausbestimmt oder die vom Uebersender gewählte nachträglich genehmigt, so nimmt das Gesetzbuch an, daß hiedurch die überbringende Mittelsperson zum Stellvertreter des Adressaten erklärt wurde, der Besitzerwerb also mit der Uebergabe an die Mittelsperson vollzogen sei (§. 429).[19]) Wurde aber Frachtbrief oder Ladeschein dem Adressaten eingehändigt, so ist dies entscheidend (§. 427).

Tradition einer in fremder Innehabung befindlichen (z. B. vermietheten Sache an einen Dritten, ohne dieselbe dem Inhaber abzufordern, im §. 1120 für möglich erklärt.[20]) Sie geschieht durch Anweisung des

Digitized by Google

Inhabers, den Erwerber als Besitzer anzusehen, fortan in dessen Namen zu detiniren, wobei aber auch entsprechender Wille des Erwerbers vorausgesetzt ist. Hat der Inhaber einen Empfangschein ausgestellt, so genügt zur Uebergabe auch Ausfolgung desselben. So kann, bei entsprechendem Inhalt der Anweisung auch bloßer Mitbesitz übertragen werden, indem z. B. der Pachter angewiesen wird, nunmehr im Namen des früheren Allein- und des neuen Mitbesitzers zu detiniren.[21])

1) Randa §. 20 S. 186—209, Exner Tradit. S. 125—151, Hauser Stellvertretung im Besitze 1870, Zróbkowski Unters. S. 15—32. — 2) Paul. rec. sent. V. 2. §. 1. Savigny S. 354 f., Puchta S. 60. — 3) Savigny S. 352, Puchta S. 59. — 4) Savigny und Puchta a. a. O. Hauser S. 19. Daher erwirbt auch der Commissionär, obwohl dem Dritten gegenüber im eigenen Namen handelnd, Besitz und Eigenthum für den Committenten in dem Augenblick, in welchem er, wenn er für sich kaufte, selbst Besitzer werden würde. So preuß. Entw. eines Handelsrechtes Art. 284, Fischer österr. Handelsrecht §. 200, Wilda Rechtslex. II. S. 718, Walter Syst. §. 276 Nr. IV, Mittermaier deutsch. Pr. R. §. 556 Nr. XVI. A. A. Gerber Syst. §. 199 Note *) und zum Theil Hauser S. 14, 18, 19. — Auch der Substitut des Vertreters muß im fremden Namen (mit diesem Willen) handeln, braucht aber nicht zu wissen, wer der Vertretene ist. Hauser S. 51—53. — 5) Ebenso nach röm. Recht: Savigny S. 353, Puchta S. 60, Arndts §. 140; vgl. Hauser S. 21—24, Randa S. 206, Exner S. 138. — 6) Savigny S. 354, 367, Puchta S. 61. — 7) Savigny S. 351, 355, 365, Puchta S. 60, 61. Die Usucapion beginnt nach röm. Recht erst mit der Kenntnißnahme des Vertretenen von der Erwerbung. Das Gleiche behauptet für den Fall eines willensfähigen Repräsentirten auch für das österr. Recht Ellinger ad §. 310 und in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1840 II. S. 251 f., weil vorher die bona fides fehle, will aber sogar den Interdictenbesitz erst von diesem Zeitpunkt beginnen lassen. — 8) So lehrt man auch für das gemeine Recht seit der Abh. von Bremer in Lindes Zeitschr. N. F. XI. S. 211 f.; vgl. Exner Trad. S. 133 Note 29, Hauser S. 16, Randa Besitz S. 198 Note 12; die frühere Lehre verlangte beim Erwerb durch einen proc. omnium bonorum, da der bestimmte Besitzwille des Mandanten fehle, erst noch dessen Ratihabition. Savigny S. 365, 366, Puchta S. 61. — 9) Bestritten mit Rücksicht auf die factische Natur des Besitzes, und weil dem Repräsentirten der Besitzwille vor der Ratihabition gefehlt habe. Vgl. L. 42. §. 1. D. h. t. 41. 2 und einerseits Savigny S. 365 f., Puchta S. 61, Hauser S. 16, 26—28, andererseits Ihering Beitr. S. 150, 151, Randa §. 20 Note 16, Exner S. 134. Genehmigung bringt das Geschäft in den Zustand, als ob es von Anfang an vollwirksam gewesen wäre (§. 1016); im Falle des §. 429 i. f. wird der Genehmigung auch unzweifelhaft rückwirkende Kraft beigelegt, und gewiß hat auch die Erfüllung der Bedingung bei bedingter Tradition rückwirkende Kraft. Dazu kommt, daß §. 308 auch den Besitz als ein Recht auffaßt, und die Ansicht der Gegner die Sache in der Zwischenzeit als besitzlos erscheinen ließe (was freilich Hauser S. 26, 27 bestreitet). Endlich: Wenn die Vollmacht erloschen, die Erlöschung aber vom Repräsentanten

Digitized by Google

verschwiegen ist, erwirbt doch der Repräsentirte gewiß von Anfang an, obwohl factisch die Vertretung nicht mehr besteht (§. 1026; anders zum Theil Hauser S. 28—30). — 10) Savigny S. 369, Puchta S. 62. L. 18 pr. D. h. t. — 11) Savigny und Puchta a. a. O., Hauser §. 7. — 12) Auch darf der daselbst vorkommende Ausdruck: „welcher . . . rechtmäßig besaß" nicht zu der Meinung verleiten, es könne nur der rechtmäßige Besitz durch const. poss. übertragen werden; der §. spricht nur darum so, weil die §§. 316—322 überhaupt von der Erwerbung des rechtmäßigen Besitzes handeln; vgl. Randa S. 201. — 13) Savigny S. 371, 372. — 14) Savigny S. 373, Puchta S. 62. — 15) Savigny S. 371, Puchta S. 62. Der Erstere erklärt S. 374, 375 auch den Eigenthumserwerb bei der societas omnium bonorum durch ein const. poss. Dagegen Puchta a. a. O. Hieher gehört der Fall, wenn der Einkaufscommissionär das Gewünschte von seinem eigenen Vorrath abläßt (Artik. 376 H. G. B). Sobald die Waare mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert ist, detinirt sie der Commissionär im Namen des hiermit ohne Zweifel einverstandenen Committenten; umsomehr ist Besitz und Eigenthum als übergegangen auch anzusehen, wenn die Waare an den Committenten bereits abgesendet wurde. Kauft der Commissionär für sich und den Committenten gemeinschaftlich von dem Dritten, so entsteht durch die Uebergabe an den Commissionär Mitbesitz, der fortdauert, bis der Commissionär die Theilung vornimmt. Vgl. Walter Syst. §. 276 Nr. VII. Fischer Handelsr. §. 200, auch Treitschke Commissionshandel S. 33 f. — Auf ähnlichem Wege erklärt sich Entsch. G. H. 1865 Nr. 33, 34 [= Sammlung IV. Nr. 2010.]: Der nämliche Bevollmächtigte detinirt für eine Person Geld, für die andere Waare, und hat von ihnen correspondirende Kaufs- und Verkaufsaufträge; er kann durch seine einseitige Handlung zwischen ihnen einen Verkauf zu Stande bringen und durch entsprechende Bezeichnung (Aufschrift, am Geldpaket angebracht, Verpackung der Waare auf den Namen des Käufers) Besitz- und Eigenthumsübergang bewirken. — 16) Randa S. 201 Note 20, Exner S. 143, 144; a. A. Hauser S. 49, 50. — 17) Mitbesitz kann aber auch dadurch übertragen werden, daß der Alleinbesitzer dem Erwerber die Theilnahme an der Ausübung der Besitzacte einräumt. — 18) So entscheidet in Betreff der Briefe L. 65 pr. D. 41. 1; vgl. auch Holzschuher II. 1. S. 156, 158.— 19) Vgl. Unger der revid. sächs. Entw. S. 103—106, Randa S. 129, 202, Exner S. 146 f., Hauser S. 58—75. — 20) Vgl. sächs. G. B. §. 201, Randa S. 201 Note 19. Manche behandeln den Fall geradezu als constitutum possessorium: Savigny §. 27, Hauser S. 53—55, andere mißverstehen diese Art der Tradition völlig und darauf beruhen die sonderbaren Folgerungen Ziebarth's die Obl. und die Realexecution 1866; vgl. Degenkolb in der krit. Vtljschr. IX. S. 191—232. — Gerichtlich erlegte Geldbeträge gelten mit der an die Casse erfolgten Zustellung der gerichtlichen Verordnung als tradirt: Entsch. G. H. 1867 Nr. 91 [= Sammlung VI. Nr. 2762.]. — 21) Auch schon bestehender Mitbesitz kann selbständig übertragen werden durch Anweisung des anderen Mitbesitzers oder des dritten Inhabers, das bisher dem Veräußernden Zugewendete von nun an dem Erwerber zuzuwenden.

Digitized by Google

II. Besitzerwerb an Rechten (Erwerb des Rechtsbesitzes).

§. 176.

1. Constitutiver Erwerb.

Zum Erwerb des Rechtsbesitzes erforderlich[1]): Ausübung des Inhaltes des Rechtes (corpus), mit dem Willen[2]), dieses bestimmte Recht auszuüben (animus jus quasi possidendi) (§. 312). Auch hier ein- und zweiseitiger Besitzerwerb; der letztere eine juris quasi traditio.[3]) (§. 315, 425, 481).

1) Bei Rechten, die auf ein Dulden eines Anderen gehen (affirmative Servituten, Erbpacht-, Erbzins-, Bodenrecht, Mieth-, Pacht-, Leihrecht, Patronat u. dgl.) erforderlich die Vornahme der zu duldenden Handlung als eines Rechtes[4]), also auch mit dem ersichtlichen[5]) Willen, dadurch ein dem Handelnden zustehendes Recht auszuüben, entweder also unbekümmert um den Widerspruch des Gegners (einseitiger Erwerb)[6]), oder mit dessen Gestattung (zweiseitiger Erwerb) §. 313.[7])

2) Bei Rechten, die auf ein Unterlassen eines Anderen gerichtet sind (z. B. negative Servituten, Bannrechte §. 1459) genügt nicht schon das (vielleicht rein zufällige) Factum der Unterlassung[8]), sondern sie muß als Ausfluß einer Rechtsausübung erscheinen: Verhinderung des Entgegenhandelns durch Einspruch, Gewalt, richterliches Verbot[9]) (§. 313)[10]) — einseitiger Besitzerwerb —, vorausgehende auf künftige Unterlassung gerichtete Willenserklärung (Vertrag oder letzter Wille) — zweiseitiger Besitzerwerb[11]), wo freilich meistens auch das Recht erworben sein wird.[12])

3) Besitz der auf eine positive Leistung des Verpflichteten gehenden Rechte (Reallasten) dadurch erlangt, daß man sich das Betreffende, sei es auch nur ein einziges Mal[13]) als Recht leisten läßt (§. 313)[14]) — einseitiger Besitzerwerb — oder die Leistung auf Grund eines mit ihm zu Stande gekommenen Rechtsgeschäftes bezieht — zweiseitiger Besitzerwerb.

1) Puchta S. 69, Arndts §. 187. — 2) Vgl. bes. David G. Z. 1870 Nr. 76—78. — 3) L. 20. D. de serv. 8. 1. Arndts §. 187, Savigny S. 586 Note 2. Die Frage, worin die Tradition des Rechtes bestehe, ist für das österr. Recht darum so wichtig, weil dieses zur Begründung aller dinglichen Rechte Tradition fordert (§. 425), so daß z. B. eine Wegeservitut, wo keine Grundbücher bestehen, erst durch die wirkliche Ausübung, nicht schon durch den Vertrag, erworben wird. Bei negativen Servituten beginnt im gleichen Falle die Dinglichkeit allerdings schon mit dem Vertrage aus dem in Note 11 genannten Grunde. Bangerow §. 350 A. 2. Auch wo Grundbücher bestehen, ist die Frage von gleicher Wichtigkeit, soweit es sich um die Besitzklage handelt. Entsch. G. H. 1868 Nr. 73 [= Sammlung VI. Nr. 3030.]. — 4) L. 25. D. quemadm. serv. 8. 6 L. 7. D. de itin. 43. 10. Entsch. G. Z. 1872 Nr. 75 [= Sammlung X. Nr. 4691.]. Savigny S. 585, 590, 591, Puchta S. 69. Rein factische Vornahme genügt also nicht: Entsch. G. H. 1864 Nr. 36 [= Sammlung IV. Nr. 1588.], Entsch. d. Min. des Innern vom 24. Juli 1857 (Zeitschr. f. Verwaltung Nr. 40: Einschränkung der Brachweide durch Auflassung der Brache in Ungarn; dagegen

Digitized by Google

oberstgerichtl. Entsch. v. 12. Jänner 1860 für Siebenbürgen); auch nicht Uebung eines Precariums, vgl. Entsch. G. Z. 1863 Nr. 47, G. H. 1868 Nr. 30 [= Sammlung IV. Nr. 2050. VI. Nr. 2969.]. — 5) Vgl. unten §. 183 Note 11. — 6) Savigny S. 585. — 7) Der §. gedenkt nur des letzteren Falles, wie es scheint auf Grund jener älteren Doctrin, die gestützt auf L. 1. §. 2. D. de s. pr. r. 8. 3. und L. 11. §. 1. D. de publ. a. 6. 2. patientia des Eigenthümers zur Entstehung des Besitzes forderte; aber diese Stellen sprechen vom Erwerbe des Rechtes: Savigny S. 586 Note 2. Die Praxis übereinstimmend mit dem Text. Vielleicht ist auch bei einseitigem Erwerb „Gestattung" anzunehmen, indem sich der Gegner bei der einseitigen Ausübung „beruhigen" (die Klage unterlassen) muß. — 8) In den zwei ersten Auflagen erachtete Savigny dies noch für ausreichend arg. L. 6. §. 1. D. si serv. 8. 5. In das österr. Recht ist diese Meinung nicht übergegangen: §. 1459, 1482. Vgl. Entsch. G. Z. 1867 Nr. 77, G. H. 1868 Nr. 58, G. Z. 1872 Nr. 5 [= Sammlung V. Nr. 2587, VI. Nr. 2893, IX. Nr. 4220, VI. Nr. 2748.]. Savigny S. 603, Puchta S. 70, Arndts §. 187. — 9) §. 340 b. G. B. — 10) Savigny S. 602, Puchta und Arndts a. a. O. Vgl. auch §. 1459. — 11) Die Unterlassung ist nun keine zufällige, sondern eine nothwendige. Eine ältere Ansicht, die man auch in §§. 313, 1459, 1482 zu finden versucht sein könnte (Thibaut über Besitz §. 16) forderte auch hier ein Entgegenhandeln und Verbot, beides nur zum Schein. — 12) Savigny S. 604, 605. — 13) Gerber §. 170, Walter §. 151 Nr. VI. — 14) Puchta S. 70, Gerber a. a. O.

§. 177.

2. Translativer Erwerb.

Der Besitz von Realrechten[1]) erworben mit dem Besitze jenes Gutes, mit dem sie verbunden sind (§. 315).[2]) Besitz von Rechten, deren Ausübung die Detention einer Sache voraussetzt[3]), erworben mit der in der Absicht dieser bestimmten Rechtsausübung erworbenen Detention der Sache. Sonst[4]) erfolgt Besitzübertragung durch Cession und Verständigung[5]) des Verpflichteten (§. 1395, 1396).

1) Prädialservituten, Bannrechte, die meisten Reallasten. — 2) Holzschuher II. 1. S. 20. — 3) Erbpacht-, Erbzins-, Bodenzinsrecht, Miethrecht, Pachtrecht, Leihrecht u. s. w. Holzschuher a. a. O. — 4) Z. B. bei einer veräußerlichen ewigen Rente §. 530. — 5) Erst hiemit beginnt für den Erwerber die Möglichkeit ausschließlicher Ausübung.

3. Titel: Verlust des Besitzes.[1])

§. 178.

A. Im Allgemeinen.

Absoluter und relativer Besitzverlust; letzterer tritt (nur für den bisherigen Besitzer) ein, weil ein Anderer den Besitz ergriffen hat, und rechtfertigt sich durch die Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum §. 349[2]), — ohne Unterschied, ob er mit dem Willen des bisherigen Be-

Digitized by Google

sitzers oder ohne solchen, ja selbst ohne Wissen[3]) des letzteren erfolgte. So fällt die Lehre vom relativen Besitzverlust durchaus in die vom Besitzerwerb hinein.

Absoluter Besitzverlust wird nicht schon durch zeitweiliges Fehlen eines Besitzerwerbselementes (Vergessen, Schlaf, Geisteskrankheit, Weglegen der Sache, Abwesenheit)[4]) hervorgebracht (§. 352), sondern es muß der Wille zu besitzen sich verwandeln in den, nicht zu besitzen oder die bisherige Eigenthums- (Rechts-) Constatirung in die Constatirung des Gegentheils umgewandelt werden (animus vel corpus in contrarium actum).[5]) Absoluter Besitzverlust tritt also ein:

I. beim Sachbesitz:

1) Animo durch Dereliction, d. i. den vom Besitzer gefaßten und äußerlich erkennbar gemachten Willen, die Sache nicht mehr zu besitzen, sie zu verlassen (§. 349), wenn auch ohne Veränderung des körperlichen Verhältnisses der Sache.[6]) Dazu aber volle Handlungsfähigkeit erforderlich, weil enthaltend eine Vermögensveräußerung (§. 865).[7]) Anstellung der Eigenthumsklage gegen den im Namen des Klägers detinirenden Inhaber ist noch nicht Aufgeben des Besitzwillens, dem abgewiesenen Kläger steht noch immer Erhebung der Besitzesklage (§. 339) frei.[8])

2) Corpore, wenn die Sache in eine Lage gerathen ist, welche sich mit der regulären Art und Weise, wie der Eigenthümer sich derselben zu bedienen pflegt, nicht verträgt[9]); so wenn die Sache verloren geht, das Vieh sich verläuft, unter Umständen, unter denen keine Hoffnung des Wiederauffindens besteht (sonst Mentalbesitz §. 352)[10]), nicht schon bei bloßer Unmöglichkeit fernerer Eigenthumsausübung.[11])

3) beim physischen oder juristischen[12]) Untergang der Sache, nicht auch beim Tode des Besitzers (arg. §. 547).[13])

II. beim Rechtsbesitz:

1) Animo durch Verzicht (Aufgeben des Besitzwillens)[14]);

2) Corpore durch die eingetretene Unmöglichkeit der Rechtsausübung; insbesondere bei Rechten, die auf ein Dulden gehen, durch die Widersetzlichkeit dessen, der bisher geduldet hat, gegen die Ausübung, bei den auf ein Unterlassen gehenden Rechten durch dessen Zuwiderhandeln, bei Rechten, deren Object eine positive Leistung des Dritten ist, durch dessen Weigerung[15]) zu leisten[16]); immer tritt jedoch der Besitzverlust erst dann ein, wenn der Besitzer des Rechtes es bei dieser Widersetzlichkeit bewenden läßt und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt (§. 351)[17]), und zwar, binnen 30 Tagen von der erlangten Kenntniß der Widersetzlichkeit (arg. §. 2 der kais. V. v. 27. October 1849).[18]) Bloße Nichtausübung des Rechtes ohne gegnerische Widersetzlichkeit wirkt (so lange nicht Verjährung eingetreten ist) nicht Verlust des Besitzes (§. 351)[19]), denn Rechtsbesitz besteht in der (hier noch vorhandenen) Möglichkeit der Wiederausübung. Daher auch die Besitzesklage fortwährend zulässig.[20]) Nicht aber ist solcher Besitz genügende Grundlage der Ersitzung, die vielmehr fortwährende Ausübung erfordert[21]) (arg. §. 1471).

3) durch Verjährung[22]) (§. 351 i. f.), da mit ihr, nun sich der Verpflichtete der ferneren Rechtsübung mit Grund widersetzen darf, die Möglich-

Digitized by Google

keit der Wiederausübung entfallen ist. Andere Fälle des Rechtsuntergangs (z. B. Ablauf der Zeit) sind nicht Erlöschungsarten des Rechtsbesitzes[23]); das Gesetz nennt sie nicht als solche, und wirklich ist ja die factische Ausübung des Rechtes davon unabhängig.

1) Savigny Abschnitt 3 und 5, Puchta Rechtslex. S. 63—66, 71—73, Ihering Beitr. S. 182 f. — 2) Savigny S. 396, Puchta S. 64. — 3) Ueber die für Grundstücke im röm. Recht bestehende Ausnahme: Savigny S. 408, Puchta S. 65, Ihering Beitr. S. 144 (Grund des Bes. Schutzes S. 185, 186), Hauser §. 6. — 4) Savigny S. 406 f., 416 f., Puchta S. 63. — 5) L. 153. D. de R. J. 50. 17. Dazu Savigny S. 383—395, 417. Er betont das Umschlagen der Möglichkeit ausschließlicher Herrschaft oder Rechtsausübung in die Unmöglichkeit derselben. Aber vergleiche dagegen Ihering S. 145 f., 181, 186, 193 f. — 6) Es genügt also die bloße erkennbare Willensveränderung (nicht dagegen §. 319 b. G. B.). das Wegwerfen u. dgl. gehört nicht zum Wesen dieser Dereliction, sondern kann nur als Beweis derselben angesehen werden. Vgl. Savigny S. 417, Puchta S. 65. Langdauernde Vernachlässigung eines Grundstückes (Ihering S. 183, 188 f.) hat nach österr. Recht (§. 351 i. f.) den Besitzverlust nicht zur Folge; überhaupt ist nach österr. Recht der Einfluß der Zeit auf den Besitz, wie ihn Ihering S. 191 f. für das röm. Recht behauptet, gewiß nicht nachzuweisen. — 7) Savigny S. 418, Puchta S. 65. — 8) Savigny S. 422—424, Puchta S. 65. — 9) Ihering S. 181. — 10) Vgl. Ihering S. 185; die frühere Doctrin bei Savigny S. 397 f., Puchta S. 64. Nach dem im Text Gesagten ist auch zu beurtheilen, ob das Behalten einer gefundenen Sache, vielleicht mit der Prätension, Eigenthümer zu sein, eine Besitzentziehung bilde. — 11) Man verliert durch das Abbrechen einer Brücke keineswegs den Besitz des jenseits des Flusses gelegenen Grundstückes, nicht den Besitz der Alpenweiden durch den Eintritt des Winters, wenn sie auch während desselben unzugänglich sind, nicht den Besitz der im Hause verlegten Sachen u. dgl. Ihering S. 145, 147. — 12) z. B. Specification, accessorische Verbindung der Sache mit einer andern, Verlust ihrer Verkehrsfähigkeit [§. 311 b. G. B.) Savigny S. 396. — 13) Dagegen Randa Bes. S. 213 Note 2, und wieder anders Ihering S. 71 f.; aber vergl. dagegen Zródłowski Unters. S. 65—80. — 14) Puchta S. 71. — 15) Sie muß ein Ableugnen des Bestehens des Rechtes enthalten; eine nur darauf gestützte Weigerung, man habe bereits geleistet, hebt den Besitz nicht auf. Gerber §. 170 und Note 6, Walter §. 151 Nr. VI. — 16) Man spricht in diesem Falle von possessio und usucapio libertatis, Besitz des Untersagungs oder Hinderungsrechtes gegen den Rechtsbesitz: §. 1482. — 17) Es muß also die Besitzausübung fernerhin auch wirklich unterlassen worden sein. An sich ist freilich der Besitzverlust eingetreten, auch wenn die rechtzeitige Einklagung erfolgt, Puchta S. 72, Savigny S. 605, Gerber §. 170 Note 6, allein der Besitz wird in diesem Falle (was namentlich für die Ersitzung wichtig ist, §. 1460), als ununterbrochen angesehen, wie schon nach röm. Recht in einem verwandten Falle: L. 17. D. de vi 43. 16. Savigny S. 520. — 18) Winiwarter II. S. 101. G. Z. 1859 Nr. 13 [= Sammlung II. Nr. 644.]. Nach Ablauf dieser Frist ist ja nur

Digitized by Google

die rei vind. oder public. actio zulässig (vgl. G. Z. 1856 Nr. 138, Unger II. S. 366 Note 2), welche beide auf der Voraussetzung des bereits verlorenen Besitzes ruhen (§. 369, 372 bis 74, 851, 853 b. G. B.). — 19) Puchta S. 71. — 20) Denn der einmal erworbene Rechtsbesitz ist, auch wenn er längere Zeit freiwillig nicht ausgeübt wird, wofern nun eine Störung desselben eintritt, noch immer der „letzte factische" Besitz. Savigny S. 578; anders Puchta S. 73. — 21) Puchta S. 73. — 22) Vgl. Savigny S. 577, 678, Puchta S. 72, 73, Ihering S. 151—153, 192, 193. — 23) Wenn z. B. der Miether nach Ablauf der Miethzeit die Sache zu bewohnen fortfährt, so besteht kein Miethrecht mehr, aber in dem Besitze desselben fährt er allerdings fort zu sein. So wurde auch entschieden (G. Z. 1863 Nr. 136 [= Sammlung IV. Nr. 1565.]), daß der Besitz einer Personalservitut durch den Tod nicht erlösche, und somit auch nach §. 547 fortgesetzt werden könne. — So erklärt sich auch, warum der die Rückstellung der Sache verweigernde Pachter nicht mit der Besitzstörungsklage belangt werden kann. (Vgl. Just. Min. V. v. 17. März 1856 Z. 2126; Entsch. G. Z. 1869 Nr. 84 [= Sammlung VII. Nr. 3462.]).

§. 179.

B. Im Falle der Besitzesfortsetzung durch Stellvertreter.[1])

Dieselben Verlustgründe, wie in §. 178. Da aber nur das corpus, der Regel nach nicht der Besitzwille Stellvertretung zuläßt, so kann der durch einen Stellvertreter (Verwalter, Verwahrer, Miether, Fruchtnießer, Pfandgläubiger) ausgeübte Besitz wohl durch Dereliction und Verzicht seitens des Vertretenen, sowie durch Verdrängung des Stellvertreters oder sonstigen Verlust der Sache, bei Rechten durch die gegen ihn vorgekommene Widersetzlichkeit des Gegentheils verloren werden, nicht aber durch Dejection des Vertretenen oder durch Dereliction des Stellvertreters.[2]) Das gilt auch von unbefugter Dereliction eines Vormundes oder Curators; würde ein gesetzlicher Vertreter aber im Rahmen seiner Ermächtigung handeln, dann wäre, da er auch Willensvertreter ist, seine Dereliction wirksam.

Wenn der Stellvertreter für sich oder für einen Dritten zu besitzen anfangen will[3]), gilt §. 319, die Willensänderung wirkt noch keine Aenderung des Besitzes; anders bei Vornahme von Besitzeshandlungen, die nicht im Kreise der bisherigen Berechtigung liegen, oder wenn die Aenderung des animus mit Zustimmung des Vertretenen erfolgte.[4])

1) Savigny S. 427 f., Puchta S. 65 f., Ihering S. 187, Hauser S. 32 f. — 2) Savigny S. 427, 435 f., 441 f., Puchta S. 65 f. Ihering S. 187 f. läßt den Besitz des Pachtgrundstückes nach dem Tode des Pachters, oder wenn dieser es verlassen hat, auch dadurch verloren gehen, daß der Verpachter längere Zeit das Grundstück ohne Aufsicht läßt. — 3) Z. B. der Pachter schließt einen Pachtvertrag über das gepachtete Grundstück mit einem Andern als dem bisherigen Verpachter ab. — 4) So detinirt der Frachter bis zur Uebergabe des Frachtbriefes im Namen des Absenders, von da an aber, da er den Frachtbrief dem Destinatar übergab, in dessen Namen, und kann von ihm wirksam angewiesen werden, die Fracht an einen Andern auszufolgen.

Digitized by Google

4. Titel: Schutz des Besitzes.

§. 180.

A. Voraussetzungen des Besitzesschutzes.

Besitzesverletzung ist eine Handlung, die an sich geeignet wäre, den Besitzer aus der ihm in dem petitorischen Streit gebührenden Beklagtenstellung hinauszudrängen. Wesentliche Voraussetzungen des Besitzesschutzes: 1) Besitz-, Allein- oder Mitbesitz. 2) Besitzverletzung, eine Handlung, welche a) entweder dem Handelnden selbst einen Besitz verschafft, oder wenigstens den gegnerischen Besitz aufzuheben geeignet ist, b) auch in solcher Absicht c) eigenmächtig vorgenommen wurde. Besitzverletzung durch Stellvertreter

B. Schutzmittel.

§. 181.

I. Selbstschutz.

Nothwehr nach den allgemeinen von ihr geltenden Grundsätzen auch gegen Besitzverletzungen zulässig, ohne Unterschied der Beschaffenheit des Besitzes (§. 344). Die damit verbundene Gewaltanwendung bleibt straflos, auch wenn bereits verlorener Besitz durch in continenti erfolgenden Gegenangriff wieder erlangt wurde[1]), und erscheint auch der Besitz in solchem Falle als ein nicht unterbrochener.[2]) Als selbständiger Angriff darf der Selbstschutz in der Regel nicht vorkommen, weil der Besitz des Gegners, sobald er ein ruhiger geworden ist, letzterem das Selbstvertheidigungsrecht gewährt.[3])

1) St. G. B. §. 83: „ruhiger Besitz"; Unger II. S. 344 Note 20 a. — 2) M. R. zu §. 344: „Erhaltung des Besitzstandes". Vgl. Savigny S. 18, 520. — 3) Selbstschutz im Vertheidigungswege kommt (§. 344) jedem Besitzer zu, ist überhaupt „ein Recht des Besitzes". Ausnahme im Fall eines bevorstehenden unwiederbringlichen Verlustes (Unger II. S. 343)?

II. Gerichtlicher Besitzesschutz.

§. 182.

A. Allgemeines.

Veranlassung gelegen entweder in einer Handlung, welche den Bestand des Besitzes (durch Anmaßung eines Benützungsrechtes) nur beeinträchtigt, oder in einer solchen, welche ihn aufhebt; also Schutz des gestörten oder Wiederherstellung des verlorenen Besitzes Bedürfniß; im römischen Rechte interdicta retin. und recup. poss.[1]) — eine Unterscheidung, die, obwohl sie in gewissen Fällen namentlich des Rechtsbesitzes nicht streng durchführbar ist[2]), auch im österreichischen Recht (§§. 339, 346) festgehalten ist. Beide Klagen heißen, da es sich nur um Geltendmachung des Besitzes handelt, Besitzes- oder possessorische Klagen, im Falle der Störung insbesondere Besitzstörungsklage.[3])

1) Die interd. adip. poss. sind nicht Besitzklagen. Savigny S. 453—461, Arndts §. 171 A. 3. — 2) Die Störungsfälle des §. 351 erscheinen rich-

Digitized by Google

tiger als Fälle des beeinträchtigten, denn des entzogenen Besitzes. Vgl. Savigny S. 587, 606, 632, Note 1. — 3) Der letztere Begriff ist also, wenn man genau spricht, was nicht immer geschieht, enger, als der der possessorischen Interdicte des römischen Rechtes.

B. Besitzesklagen.

§. 183.

1. Wegen gestörten Besitzes (Interd. retin. poss.).[1])

Wenn der Besitz durch eine Handlung beeinträchtigt (aber nicht aufgehoben) wurde, so hat der verletzte (redliche oder unredliche, rechtmäßige oder unrechtmäßige, echte oder unechte) Besitzer die condemnatorische[2]) Klage auf Untersagung des Eingriffs und auf Ersatz des durch den Eingriff verursachten Schadens (die Klage wegen gestörten Besitzes). §. 339.

Klagegrund ist die Existenz des Besitzes und die Störung[3]); auf besondere Eigenschaften des Besitzes (insbesondere Rechtmäßigkeit) kommt es nicht an (§. 339), wohl aber muß er als ein gegenwärtig (zur Zeit der Klage) bestehender[4]) erwiesen werden. Während aber bei petitorischen Klagen der Nachweis der bloßen Erwerbsthatsache genügt[5]), reicht, da der Besitz auf einem fortdauernden factischen Verhältniß beruht, dessen Dasein für jeden Augenblick direct erwiesen werden kann, bei der Besitzesklage[6]) der Beweis des Besitzerwerbes ist der Regel nicht aus, sondern es muß die gegenwärtige Existenz des Besitzes insbesondere erwiesen werden. Da aber aus dieser auf den Erwerb geschlossen werden kann, so muß regelmäßig nur der „letzte factische Besitzstand" (§. 851 b. G. B. §. 5 d. kais. V. v. 27. October 1849) erwiesen werden. Da jedoch, wo diese Schlußfolgerung unzuläßig ist (beim Quasibesitz der auf eine Unterlassung oder Duldung gerichteten Rechte), muß auch die Thatsache des Erwerbes (die Existenz eines der dauernden Duldung oder Unterlassung vorausgehenden Rechtsgeschäftes oder ein gegen den Willen des Belasteten durchgesetzter Widerspruch)[7]) nachgewiesen werden. Nicht dagegen spricht §. 479 b. G. B.[8]), der voraussetzt, daß die in ihm genannten Rechte (durch Vertrag, letztwillige Anordnung) eingeräumt sind, und nur für diesen Fall die Interpretationsregel[9]) aufstellt, es sei kein bloßes precarium zugestanden worden; im vorliegenden Falle aber handelt es sich gerade um den Beweis dessen, was im §. 479 als erwiesen vorausgesetzt ist.[10]) Doch kann der Beweis, daß das Dulden nicht aus bloßer Gefälligkeit geschah (also der Beweis des Besitzerwerbes) auch aus „Umständen" geführt werden, welche gegen ein bloßes precarium sprechen.[11])

Die Hauptregel, daß gegenwärtiger Besitz nachgewiesen werden muß, erleidet beim Rechtsbesitz die Beschränkung, daß, wenn die einmal begonnene Ausübung einige Zeit ohne den Willen, den Besitz aufzugeben, freiwillig (ohne gegnerische Widersetzlichkeit) unterlassen wurde, die Thatsache der zuletzt innerhalb der Verjährungszeit geschehenen Ausübung zum Nachweise des noch gegenwärtig dauernden Besitzes genügt (§. 351).[12])

Der Besitzwille bedarf besonderen Nachweises nicht, er ist aus den Umständen zu erschließen.

Digitized by Google

Die Thatsache der Besitzstörung wird durch den Nachweis jener Handlung erwiesen, welche sich nach ihrer äußeren Beschaffenheit als Beeinträchtigung des Besitzes darstellt. Daß die Handlung nicht eigenmächtig oder nicht in der zu einer Besitzverletzung erforderlichen Absicht[13]) erfolgte, dies nachzuweisen ist Sache des Beklagten, der der Verurtheilung entgehen will.[14])

Klagsgegenstand ist die Unterlassung künftiger Eingriffe bei sonstiger Execution[15]) und Ersatz des erweislichen Schadens (§. 339), in ersterer Richtung also ein negatives Verhalten; anders nur bei einer Klage zum Schutze des Besitzes eines Rechtes auf positive Leistungen des Verpflichteten; hier wird Letzterem die Verweigerung der Leistung „untersagt", er muß also fernerhin (bis zum Nachweis des Nichtbestandes der Verpflichtung) leisten.[16])

1) Ueber die römischen Interdicte dieser Gruppe: Savigny S. 472 f., 580 f., 590—600, 605—610 vgl. S. 631. Arndts §. 192. — 2) Darüber, daß durch das Vorschützen der Besitzeseinrede der durch eine Aufforderungsklage eingeleitete Rechtsstreit zu einer präjudiciellen Entscheidung über den Besitz führen kann, s. oben §. 168 Note 15. Die Besitzklage selbst ist condemnatorisch nicht nur dann, wenn die Störung noch fortdauert (z. B. der Weg noch abgegraben ist), sondern auch wenn der Eingriff nur in einer einzelnen Handlung (z. B. Auftreiben von Weidevieh) bestand, weil mit der Klage zugleich Verhängung eines Rechtsnachtheils für den Wiederholungsfall verlangt wird. — 3) §. 5 d. kais. Verordnung v. 27. October 1849. — 4) Savigny S. 462. — 5) Denn die Fortdauer eines einmal erworbenen Rechtes beruht nicht auf fortgehenden Thatsachen, es würde also diesfalls an einem Object des Beweises fehlen. Savigny S. 462 f. — 6) Ebenso bei jenen petitorischen Klagen, die sich auf die Ersitzung gründen: Wer auf Grund der Ersitzung ein Recht einklagt, muß die Vollendung derselben, also nicht bloß den Erwerb des Besitzes beweisen. §. 1460. — 7) Wo der Beweis dieser Thatsachen fehlt, kann die Unterlassung auch eine rein zufällige (nicht Ausfluß einer Rechtsübung), ebenso die Duldung eine nur precäre gewesen sein. Vgl. Häckel im Jurist XIV. S. 128, XIX. S. 19. Entsch. des Min. d. Innern v. 24. Juli 1857, in der Ztschr. f. Verw. 1857 Nr. 40, Entsch. G. Z. 1863 Nr. 47. Anders Entsch. G. H. 1869 Nr. 8, 1868 Nr. 58, G. Z. 1870 Nr. 20 [= Sammlung IV. Nr. 2050, VI. Nr. 3184, 2893, VIII. 3691.]. — 8) A. M. Stubenrauch I. S. 637 in Ansehung der auf ein Dulden gerichteten Rechte. — 9) Nicht Beweisregel, wie Unger II. S. 590, 591 Note 35 a meint; es handelt sich ja wesentlich um die Auslegung einer Privatwillenserklärung; wo eine solche nicht vorliegt, ist §. 479 unanwendbar. — 10) Wer den §. 479 zum Beweis des von Stubenrauch behaupteten Satzes benutzt, müßte consequent, da auch Unterlassungen den Inhalt von Servituten bilden können, auch die Frage, ob Jemand, der sein Haus nicht erhöht, dies aus Gefälligkeit oder wegen eines gegnerischen Rechtes unterläßt, an der Hand desselben §. entscheiden. — 11) Ein solcher Umstand kann in der langen Dauer der Duldung (cf. Entsch. G. Z. 1858, Nr. 129, 130, 1865 Nr. 89, 1866 Nr. 32, 1867 Nr. 100 und a contr. Entsch. G. Z. 1872 Nr. 75 [= Riehl I. S. 553 f.,

Digitized by Google

IV. S. 1855, Sammlung V. Nr. 2267, VI. Nr. 2892, X. Nr. 4691.]), oder darin gelegen sein, daß die Benützung, die geduldet wurde, so werthvoll ist, daß sich füglich bloße Gefälligkeit nicht annehmen läßt (Holzschlag). Dulden ist selbstverständlich nur wissentliches Geschehenlassen; der Rechtsbesitz verlangt offene Besitzausübung, Holzprävaricanten sind nicht im Besitze des Holzschlagrechtes. — 12) Wer seit 20 Jahren sein Weiderecht nicht ausgeübt hat und bei der Wiederausübung vom Besitzer des dienenden Grundstücks gestört wird, hat die Besitzesklage. So auch Savigny S. 578, dagegen Puchta S. 13. — 13) Z. B. Irrthum; vgl. Entsch. G. H. 1860 Nr. 5 [= Sammlung II. Nr. 925.] und Savigny S. 477. — 14) Vgl. den Rechtsfall bei Girtanner Nr. 83. — 15) Ueber die cautio de non amplius turbando: Savigny S. 489, Arndts §. 172. In der österreichischen Praxis wird dem Beklagten die Unterlassung der Störung „bei einem sonstigen Pönfall von . . . für jeden Wiederholungsfall" aufgelegt. Vgl. auch Unger II. S. 610 Note 21. — 16) Vgl. Pat. v. 1. Sept. 1781 Nr. 23 §. 33 und Hofd. 29. Juli 1817 Nr. 1354 J. G. S. (Wessely Handb. I. Nr. 178 u. 192). Entsch. G. Z. 1856 Nr. 112 [nicht in den Sammlungen.].

§. 184.

2. Wegen entzogenen Besitzes (Interd. recup. poss.).

Im römischen Recht interd. recup. poss. sowohl für den Sachbesitz[1]), als für die Mehrzahl der Fälle des Rechtsbesitzes[2]); im canonischen Recht Spolienklage mit Wirkung selbst gegen den von der Besitzentziehung wissenden Drittbesitzer.[3]) Das österreichische Recht gewährt ohne weitere Unterscheidung eine condemnatorische Besitzklage wegen entzogenen Besitzes.

Klagbegründung fordert Nachweisung des Besitzes und der erfolgten Verletzung, des ersteren aber nicht als eines gegenwärtig, sondern im Zeitpunkt der Verletzung bestehenden.[4]) Die Verletzung besteht in Entziehung des Besitzes durch Gewalt, List oder bittweises Einschleichen: diese Unechtheit des gegnerischen Besitzes (§. 345) muß der Kläger beweisen.

Klaggegenstand ist die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, d. i. Rückstellung der Sache, welche eigenmächtig entzogen wurde[5]), Wiederherstellung des Rechtsbesitzes, in allen Fällen sammt Früchten[6]) und Ersatz sonstigen Schadens (§. 346).[7]) Beklagter ist nur der unechte Besitzer, niemals, wie nach canonischem Rechte, auch der Dritte[8]); besitzt der Erstere die Sache nicht mehr, so kann die Klage nur auf Schadenersatz gerichtet werden.[9])

1) Savigny §. 40 f., Arndts §. 193, Puchta §. 134 f. — 2) Savigny S. 581—583, 590—610. — 3) Vgl. über den wahren Inhalt des canonischen Rechtes und seine Usualinterpretation Savigny S. 619—635, Holzschuher II. 1. S. 60—65. — 4) Savigny S. 462. — 5) Es besteht also zwischen der Klage des §. 346 und der des §. 339 ein ähnliches Verhältniß, wie zwischen der rei vind. u. a. neg. Vgl. Savigny S. 478. — 6) Savigny S. 537, 561, Arndts §. 173. — 7) Savigny S. 535 f., 561 f., Arndts §. 173. — 8) Nicht dagegen, daß nach §. 307, 308 der Besitz als dingliches (gegen Dritte wirksames) Recht bezeichnet ist; §. 346 bestätigt den Satz des Textes ausdrücklich. — 9) So auch das römische Recht: Savigny S. 535, 582.

Digitized by Google

C. Provisorische Vorkehrungen im Besitzproceß.

§. 185.

Die Entscheidung über eine eingebrachte Besitzklage ist zuweilen nicht sofort möglich, weil der Beklagte behauptet, er sei der wahre Besitzer, und das, was Kläger Besitzverletzung nennt, sei nur Fortsetzung des vom Beklagten schon vorher ausgeübten Besitzes. Nach dem bisher Entwickelten könnte dem Beklagten vor der Entscheidung die Wiederholung der vom Kläger als Besitzverletzung bezeichneten Handlung (Holzfällen im klägerischen Walde) nicht untersagt werden, er könnte sie also zum empfindlichen Schaden des Klägers wiederholen: ebenso könnte bis dahin der Kläger Handlungen vornehmen, welche den Besitz des Beklagten, *wenn* dieser der Besitzer ist, auf's Schwerste beeinträchtigen. Um solchen Nachtheilen zu begegnen, gestattete schon[1]) A. G. O. §. 292 einstweilige Sequestration; ähnlich §. 347 b. G. B. Die kais. V. vom 27. October 1849 fügt ergänzend hinzu (§. 10), daß „selbst während der angefangenen und noch nicht beendigten Besitzstreitverhandlung einstweilige Verfügungen begehrt und von dem Richter zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten oder zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens getroffen werden können, insbesondere wenn es streitig ist, wer sich im echten Besitze befindet." Der Richter kann Sequestration[2]) anordnen, oder beiden Theilen alle Besitzhandlungen untersagen oder den Gegenstand der Partei anvertrauen, welche Sicherheit leistet oder in anderen Rücksichten nach reiflicher Erwägung aller Umstände auf gerichtlichen Schutz besseren Anspruch hat. Also nicht nur einstweilige Zuerkennung des Besitzes an einen Streittheil[3]), sondern auch andere Mittel zulässig, und Veranlassung kann sein nicht nur der timor armorum[4]), sondern auch drohender unwiederbringlicher Schaden. Handeln des Richters auf Begehren einer Partei, aber frei von den Formen des Verfahrens in diesem summarischen Incidenzstreit.[5])

1) Anknüpfend an das seit dem 13. Jahrhundert entwickelte possessorium summariissimum des gemeinen Rechtes. Vgl. darüber *Savigny* S. 635—653, *Bruns* §§. 28, 33, 44 und S. 397 f., *Bayer* summ. Proc. S. 168 f. Letzteres wird von *Savigny* S. 638, 639 mit Recht ein *provisorisches* interdictum uti possidetis genannt; sein Verhältniß zu den possessorischen Klagen ist ein anderes, als das der letzteren zu den petitorischen. Der Gegenstand der letzteren ist das Recht, der der ersteren der Besitz, die possessorischen Klagen dürfen also nicht als provisorische Vindicationen bezeichnet werden (*Savigny* S. 465 f.). Dagegen ist der Gegenstand der possessorischen Klagen wie des poss. summ. der Besitz, nur hat die Entscheidung im letzteren bloß provisorische Geltung. Ueber die Bedeutung des poss. ordin. (den Gegensatz des poss. summ.) sind die Meinungen getheilt: *Savigny* S. 644 f., *Puchta* §. 133 Note k., *Bruns* S. 403, *Holzschuher* II. 1. S. 45, *Delbrück* die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857, Dogm. Jahrb. X. S. 110—176, *Windscheid* §. 162 Note 11, *Zeiller* ad §. 346 Nr. 3. Auch der Sprachgebrauch der österreichischen Gesetzgebung ist ein schwankender. Im Hofd. vom 8. Oktob. 1830 Nr. 2487 und 20. April 1837 (Winiwarter

Digitized by Google

Hdb. II. S. 36, 40) und in der kais. Verordnung vom 27. Okt. 1849 R. G. Bl. Nr. 12 ist die publician. Klage als ordinarium, die Besitzklage als summariissimum bezeichnet. Anders im Hofd. vom 5. Dec. 1812 Nr. 1017 J. G. S. für Galizien (s. Winiwarter a. a. O. S. 33). Zu dem neueren Sprachgebrauch mag Zeiller's Comm. die Veranlassung gegeben haben. — 2) So schon nach der Kammergerichts O. von 1555 II. Tit. 21 §. 3. — 3) Eigentlicher Inhalt des gemeinr. poss. summ. — 4) Nach Savigny die einzige Veranlassung des poss. summ. — 5) Recurse gegen diese Verfügungen müssen mit dem Recurs in der Hauptsache verbunden werden. §. 16 der cit. kais. V., vgl. Savigny S. 651, 652. — In Streitigkeiten zwischen Herrschaften und Unterthanen hatten auch die politischen Behörden das Recht ein Besitzprovisorium anzuordnen; was jetzt davon noch übrig ist (vgl. §. 26 des Min. Erl. v. 13. Jänner 1853 Nr. 9 und 10 R. G. B. mit §. 344 a. E. b. G. B.), ist keine Vorkehrung nach Art des poss. summ.

D. Einreden des Beklagten im Besitzproceß.

§. 186.

1) Einrede des stärkeren Rechtes; nicht zu berücksichtigen.

2) Einrede des unechten, dem Beklagten mit Gewalt, List oder durch Gefälligkeitsmißbrauch entzogenen Besitzes. Geschützt wird allerdings auch der unechte Besitz, allein wenn Kläger ihn vom Beklagten erlangt hat, so kann dieser die an sich begründete Klage durch diese Einrede zurückweisen.

3) Einrede der Klagenverspätung (30 Tage a tempore scientiae). Verjährungs- oder processuale Fallfrist? Beweislast. Wirkung der Verspätung.

E. Wirkung des possessorischen Erkenntnisses.

§. 187.

Die Duplicität der Besitzesklagen in ihrer eigentlichen Bedeutung im österreichischen Rechte verschwunden. Petitorischer Weg bleibt offen. Das possessorium ordinarium ist die a. publiciana, kein Mittelding zwischen petitorischen und possessorischen Klagen. Der Besitz des Dejicirten, der ein für ihn siegreiches possessorisches Erkenntniß erwirkt hat, gilt als ununterbrochen (arg. §. 351, M. R. zu §. 344). Regulirung des Besitzstandes für den petitorischen Streit, insbesondere bei „bejahenden Rechten".

Dritte Abtheilung: Schutzmittel gegen mögliche Rechtsverletzungen.

I. Sicherstellung (Caution).[1]

§. 188.

Caution ist ein Privatrechtsgeschäft[2], wodurch für eine bereits vorhandene Verbindlichkeit eine größere Sicherheit durch Erleichterung der künftigen Geltendmachung (Verbalcaution) oder der Verwirklichung derselben (Realcaution) gewährt wird.[3] Ersteres liegt in einem besonderen,

Digitized by Google

auf die Leistung der Verbindlichkeit abzielenden Versprechen (so auch in Ausstellung oder Erneuerung einer schriftlichen Urkunde[4]) §§. 131, 132 A. G. O., in der vormundschaftlichen Angelobung §. 205 b. G. B. promissorische Caution — oder in eidlicher Bestärkung — juratorische Caution.[5]) — Bedeutung der Verbalcaution: Beweismittel des bestehenden Rechtsverhältnisses als Anerkennung desselben, Verzichtleistung auf Einwendungen, also Erleichterung der Proceßführung bis zum Urtheil.[6])

Realcautionen[7]) liegen in: a) Bürgschaft (fidejussorische Caution §. 1346), b) Pfandbestellung (Pfand-, hypothekarische Caution §. 447), c) Sequestration, Hinterlegung eines streitigen oder in Anspruch genommenen Gegenstandes bei einem unbetheiligten Dritten zur Hintanhaltung einer befürchteten Verletzung (§. 968). Alle Realcautionen sollen (durch Mithaftung des Vermögens Anderer oder Haftung von Sachen, auf die sonst nicht so sicher zu greifen wäre) die Realisirung des als begründet erkannten Rechtsanspruchs (die gerichtliche Execution) sichern. Sequestration begründet übrigens kein Pfandrecht, benimmt aber dem Eigenthümer die Möglichkeit von Verfügungen zum Nachtheil des Gegentheils[8]), nicht auch einem Dritten die Möglichkeit, ein Pfandrecht an der sequestrirten Sache zu erwirken.[9])

Verbindlichkeit zur Sicherstellung begründet durch Rechtsgeschäft (cautio voluntaria) oder Rechtsvorschrift (c. necessaria).[10]) Die Fälle der letzteren Art gehören in den besonderen Theil; bloße Existenz einer Forderung dazu noch nicht ausreichend (§. 449), regelmäßig auch Vorliegen einer Gefahr erforderlich (z. B. §§. 343, 1245, 1364, 1365 b. G. B.)[11]), aber auch unter dieser Voraussetzung die Cautionsforderung nur durch specielle Rechtsvorschrift zu begründen.[12])

Art der Sicherstellung bei bestehender Verbindlichkeit dazu: §. 1373; Verbalcaution genügt nicht.[13]) Das Pfand ist genügend, wenn bei Häusern die Forderung in der ersten Hälfte, bei Grundstücken und beweglichen Sachen in den ersten zwei Dritteln des Schätzungswerthes ihre Bedeckung noch findet[14]) mit Rücksichtnahme auf vorhergehende Lasten; „taugliche" Bürgen (§. 1374, Art. XIV. Kundm. Pat. v. 29. Mai 1853). Wird eine nach dieser Maßgabe geleistete Sicherheit später zufällig im Werthe herabgemindert, so kann ohne besonderen Rechtsgrund keine neue Caution gefordert werden.[15])[16])

1) Arndts §. 93, Puchta §. 79, Heimbach Rechtslex. II. S. 600—609, Keller §. 109, Holzschuher I. S. 88—90. — 2) Damit sind Verbot und andere richterliche Verfügungen aus dem Begriff der Caution ausgeschlossen. 3) Die ersteren heißen auch processualische, die letzteren materielle Cautionen. Arndts a. a. O. — 4) Daher im römischen Recht dafür der Name cautio: Heimbach S. 600, 601. — 5) Im österreichischen Rechte findet sich noch der (jetzt ebenfalls beseitigte) Fall des §. 367 A. G. O. — Der Eid des §. 406 A. G. O. (Stellvertretungsmittel der sog. actorischen Caution) ist assertorisch, also keine juratorische Caution, die nur promissorisch sein kann. — 6) Arndts a. a. O. — 7) Arndts a. a. O. — 8) Vgl. Holzschuher

Digitized by Google

S. 90 Fr. 13. — 9) Selbst gerichtliche Sequestration, die freilich kein Privatrechtsgeschäft ist („Arrest" Arndts §. 93 a. E.) hindert nach der A. G. O. die spätere Pfändung der sequestrirten Mobilien nicht. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 10 [= Samml. VI. Nr. 3018.]. — Etwas anderes enthält W. O. Art. 25, welcher die dort erwähnte gerichtliche Hinterlegung dahin interpretirt, daß sie keine Sequestration, sondern eine Pfandbestellung enthält. — 10) Arndts und Puchta a. a. O. — 11) Vgl. Heimbach S. 606, Ellinger ad §. 450. — 12) Heimbach und Keller a. a. O. Analoge Ausdehnung solcher Vorschriften ist unzulässig. — 13) Nach römischem Recht genügt unter Umständen auch eine solche. Heimbach S. 604, 605, Arndts Anm. 3. — 14) Sog. pragmatische Sicherheit. Theilweise abweichende Bestimmungen für ärarische Cautionen. — 15) Anders im römischen Recht: Puchta §. 79 Note g, Heimbach S. 607 — 16) Vgl. hier noch C. O. §. 11, Ausnahmen im §. 12, 13, 15, 16.

II. Das Verbot (Arrest).[1]

§. 189.

Verbot ist eine richterliche Verfügung, wodurch Jemand zur Sicherung der Ansprüche eines Gläubigers von seiner Zahlungsverbindlichkeit gegen den Schuldner des letzteren zeitweise enthoben wird.[2] Gegenstand: Forderungen dieses Schuldners oder bewegliche Sachen desselben in Verwahrung des Dritten (§. 283 A. G. O. §. 471 b. G. B.). Voraussetzung des Ansuchens: Nachweis einer Gefährdung des Impetranten, wegen Abgangs anderer Zahlungsmittel seines Schuldners (§. 283 cit.).[3] Wirkung: Entstehung einer dilatorischen Einwendung dessen, der zur Zahlung oder Rückstellung an den Schuldner des Verbotswerbers verpflichtet ist[4], und eigene Haftung desselben für den Fall der wider das Verbot geschehenen Zahlung oder Rückstellung (§. 287 A. G. O.).[5] Es entsteht aber für den Verbotswerber kein Pfandrecht und werden auch Executionsführungen anderer Gläubiger auf die mit Verbot belegte Sache nicht behindert.[6]

1) Bopp Rechtslex. I. S. 450—459, Arndts §. 93. Den Römern war dieses Institut unbekannt. — 2) Arndts sagt: „in der Verfügung über Vermögensgegenstände beschränkt wird", weil gemeinrechtlich ein Verbot auf Sachen, die der Impetrant selbst in seiner Innehabung hat, nicht bekannt ist. — 3) Vgl. Bopp S. 452. — 4) Wird die mit Verbot belegte Forderung durch Cession übertragen, so wirkt die Exception auch gegen den Cessionar. Ob auch gegen den Cessionar, der sich dieselbe executiv einantworten ließ? Dagegen Entsch. G. H. 1869 Nr. 66 [= Sammlung VII. Nr. 3358.] und dazu des Einsenders Bemerkung. — 5) Bopp S. 454. — 6) Holzschuher I. S. 90 Fr. 13.

III. Retentionsrecht (Zurückbehaltungsrecht).[1]

§. 190.

Retentionsrecht ist die Befugniß, eine Schuldleistung vorläufig zurückzuhalten, bis eine Gegenforderung erfüllt ist.[2] Geltendmachung durch Einrede gegen einen Zahlung (Rückstellung) fordernden Gegner.[3] Frei-

Digitized by Google

williges (durch Rechtsgeschäft begründetes) und gesetzliches (nothwendiges) Retentionsrecht.[4]) Nach römischem Recht regelmäßige Voraussetzung Connexität des Anspruchs des Beklagten mit dem des Klägers[5]), anders nur bei dem Retentionsrecht des Pfandgläubigers.[6]) Im österreichischen Recht ist das gesetzliche Retentionsrecht im Allgemeinem abgeschafft[7]), nicht auch das freiwillige.[8]) Doch finden sich gesetzliche Fälle noch in den §§. 392, 403, 989[9]), 1153 (und das kaufmännische und wechselrechtliche Retentionsrecht[10]), die nicht in das allgemeine Privatrecht gehören).

Das Retentionsrecht gewährt nur eine persönliche Einrede[11]) gegen den schuldenden Rückforderer[12]) der retinirten Sache; Uebertragung der Forderung[13]) wie Uebergang des Eigenthums der Sache an einen Einzelnachfolger[14]) machen es erlöschen. Es kann zum Nachtheil eines (selbst später erwirkten) Pfandrechts nicht ausgeübt werden[15]), und gewährt dem Retentionsberechtigten kein Verkaufsrecht.[16])

1) Holzschuher I. S. 90—115, Puchta §§. 94, 204, Keller §. 93. Weitere Literatur bei Unger II. S. 499 Note 17. — 2) Holzschuher S. 94, Luden Retentionsr. S. 6, Pfaff G. Z. 1868 Nr. 83. Retention und Compensation werden nicht immer scharf auseinandergehalten. Vgl. selbst §. 1109, 1440 b. G. B. — 3) Holzschuher S. 97, Puchta §. 94, Keller §. 93. — 4) Holzschuher S. 97. — 5) Die Aufzählung der Fälle bei Holzschuher S. 104—107. — 6) Puchta §. 204 Note c. — 7) Aber keineswegs darum (Winiwarter II. S. 287, Glück XV. S. 122 f., Mühlenbruch §. 135), weil es eine Art Selbsthilfe wäre (dagegen mit Recht Puchta §. 94 Note b), sondern weil es zu Chicanen gegen den Schuldner Anlaß gibt, und es andere Zwangsmittel zur Zahlung, sowie andere Sicherstellungsmittel gibt. §. 471, welcher in f. keineswegs sagt, Sequestration sei nur bei unbeweglichen Sachen zulässig (vgl. §. 968), sondern nur sagt: weil bei diesen kein Verbot stattfinde (§. 283 A. G. O.), möge der Gläubiger eine Sequestration erwirken. — 8) So auch Winiwarter II. S. 288, Ellinger ad §. 471 u. A. Nicht entgegen §. 1371, der Pfandbestellung vorausgesetzt. — 9) Vgl. Ellinger a. a. O. — 10) Nach Entsch. G. Z. 1874 Nr. 41 [= Sammlung XII. Nr. 5347.] ist dies ein dingliches Recht. — 11) Holzschuher S. 94 (Fr. 2) und 96 (Fr. 5 d.). — 12) Er muß nicht nothwendig Eigenthümer sein, Holzschuher S. 98. — 13) Holzschuher S. 108 (Fr. 12). — 14) Holzschuher S. 110; dagegen noch Leyser Med. spec. 236, med. 3, und die bei Schenk Ret. R. S. 285 f. Citt. — 15) Holzschuher S. 99, 107, Bangerow I. §. 382 S. 987. — 16) Holzschuher S. 96 (Fr. 5 c.). Im Concurs sind jedoch vorher erworbene Retentionsrechte als Pfandrechte zu behandeln (§. 11 C. O.). Im kaufmännischen Retentionsrecht liegt auch das Verkaufsrecht.

IV. Einspruch gegen Bauführungen (Operis novi nunciatio).[1])

§. 191.

Verletzung von Rechten an Grundstücken insbesondere möglich durch Bauführungen oder Niederreißung von Bauwerken.[2]) Wiederherstellung des vorigen Standes wäre (wegen der Kosten) oft ein remedium pejus malo.

Digitized by Google

Daher bestimmt: vor Unternehmung des Baues Vernehmung der Interessenten (Anrainer, Nachbarn) durch die zur Bewilligung des Baues berufene Administrativbehörde, ob durch denselben kein Recht verletzt werde. Wird da Einspruch erhoben, Verweigerung der Baubewilligung, bis die Berechtigung zur Bauführung im Rechtswege (Aufforderungsproceß[3]), oder ordentliche Erweisungsklage des Bauunternehmers) dargethan ist. §. 72 A. G. O. Hofd. 5. v. März 1787 Nr. 641 J. G. S. So bestimmt für Aufführung oder Niederreißung was immer für eines Gebäudes[4]), Führung eines Wasserwerkes[5]), nicht auch für die Errichtung bloßer Einfriedungsmauern[6]). Beginnt der Unternehmer den Bau, ohne sich gegen den Einspruch geschützt zu haben[7]), so ist wegen der Dringlichkeit der Entscheidung schon der bloße Besitzer (auch der Mitbesitzer)[8]) des Baugrundstückes und jeder Besitzer eines dinglichen Rechtes an diesem oder an einem solchen Grundstück, welchem gegenüber sich die Bauführung als eine Verletzung des besessenen Rechtes darstellt, berechtigt, die sofortige Untersagung des Baues (die Niederreißung desselben) zu verlangen (operis novi nunciatio)[9]), und das Gericht[10]) hat hierüber auf das schleunigste zu entscheiden (§. 340 b. G. B.). Das Verfahren ist das in Besitzstörungsfällen vorgezeichnete (kais. V. v. 27. October 1849 pr. u. §§. 8, 15, 18), daher die Klage nur binnen 30 Tagen a tempore scientiae zulässig[11]); (§. 2 ebenda). Die Entscheidung ist nur eine provisorische[12]), dem bestehenden Besitze entsprechende, sie hindert keinen Theil, in einem späteren Processe eine definitive, der Rechtslage entsprechende zu begehren (§. 15 cit.).[13]) Die Verbotsklage steht dem physischen, wie dem sogenannten bücherlichen Besitzer[14]) eines dinglichen[15]), nicht auch dem Besitzer eines persönlichen Rechtes[16]) zu, und muß Kläger die Bauführung und den Besitz des durch sie bedrohten dinglichen Rechtes beweisen. Die Einwendung, dem Kläger stehe das Recht nicht zu, das er besitzt, ist in dem Verf. nach der kais. V. v. 1849 nicht (§. 5 ebenda), wohl aber in dem die Rechtsfrage austragenden Streite zulässig; ist der Kläger nicht Besitzer im angegebenen Sinne, so kann er nur im petitorischen Wege auf Einstellung des Baues klagen.[17])

Einstellung des Baues[18]) schon während des Verfahrens nach der kais. V. v. 1849 zulässig; Ausnahme[19]) bei einer aus sofortiger Einstellung drohenden offenbaren Gefahr oder wenn der Bauunternehmer (nicht auch zugleich der Kläger) hinlängliche Caution[20]) bestellt (§. 341 b. G. B.). Gegen den verurtheilten Beklagten kann, so lange er den definitiv entscheidenden Proceß nicht eingeleitet hat, im Executionswege Beseitigung des Bauwerkes verlangt werden[21]), während dieses Processes aber kann er gegen Caution (nach den Regeln über die provisorische Sequestration) Aufrechterhaltung des status quo verlangen.[22])

Alles Gesagte sinngemäß auch auf die Niederreißung eines bestehenden Bauwerkes anzuwenden (§. 342 b. G. B.).[23])

Immer aber wird vorausgesetzt, daß Bau oder Niederreißung nicht bereits vollendet sind.[24]) Sind sie vollendet[25]), dann kann nur auf Wiederherstellung des vorigen Standes im definitiv austragenden Rechtsstreit gedrungen werden.

Digitized by Google

Die gerichtlich ausgesprochene Verbindlichkeit, den Bau (die Niederreißung) zu unterlassen, eine Realschuld, die auf jeden Besitzer des Grundstücks übergeht.[26])

1) Bangerow III. §. 676, Keller §§. 187, 189, Arndts §. 330, Puchta §. 396, Windscheid §. 466, Heimbach Rechtslex. VII. S. 580 f., Mages Nachbarrecht S. 27—31, 51, 52, Stölzel d. L. v. d. o. n. n. und dem int. quod vi aut clam 1865. (Drbr. Schmidt in d. krit. Vtjschr. VII. S. 289 f., Baron ebda. S. 483 f., Warnkönig in Schletters Jahrb. XI. S. 193 f.), Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen 1866, Heinzerling die n. o. n. . . im civ. Archiv LIII. S. 236—269. — Sehr streitig die Stellung dieser Lehre im System: sachenrechtliches Schutzmittel, insbesondere gegen Besitzstörung, Obligation zur Abwendung künftiger Verletzungen, Delicts- oder delictartige Obligation? Gewiß ist eigenmächtiges Bauen nicht immer ein Delict, man denke z. B. an die Errichtung einer Einfriedungsmauer ohne Kenntniß des gegnerischen Rechtes; auch eine Besitzstörung (wie Zeiller ad §. 340, Winiwarter II. S. 73, Stubenrauch I. S. 680 lehren) ist darin nicht nothwendig gelegen, denn die Verbotsklage des §. 340 hat auch (s. den Text) der bloße Tabularbesitzer, nach Umständen (§. 458) sogar gegen den physischen Besitzer, und umgekehrt kann sie einem wirklichen (Rechts-) Besitzer z. B. dem Pachter fehlen; auch bedarf es zu ihrer Begründung keines dolus nicht einmal einer culpa, während Besitzstörung dolus voraussetzt. — 2) Sog. opus novum. Bei anderen wichtigen Veränderungen an Grundstücken gibt das römische Recht das int. quod vi aut clam, durch welches namentlich der mangelhafte Schutz des Servitutenbesitzes ergänzt wurde. Das österreichische Recht kennt es nicht; insbesondere sind nicht darauf zu beziehen die Worte (§. 340) „eines anderen Werkes", worunter immer nur ein Bauwerk zu verstehen ist. — 3) Ob diese Aufforderungsklage mit einer Einrede beantwortet werden darf, ist streitig; Entsch. G. Z. 1859 Nr. 97, 148, 149, Sammlung I. Nr. 110, 205, dagegen Entsch. G. Z. 1857 Nr. 112 [= Sammlung II. Nr. 958, 981, I. Nr. 374.]. — 4) §. 342 b. G. B. Bauordnung für Wien v. 13. Dez. 1829 §. 3 u. a. — 5) Mühlordnung v. 1. Dec. 1814 §. 1, 2. Vgl. Entsch. G. Z. 1873 Nr. 47 [= Sammlung XI. Nr. 4937.]. Nach Entsch. G. Z. 1873 Nr. 65 [= Sammlung IX. Nr. 4968.] sollen aber die §§. 340, 341 nicht anwendbar sein auf Wasserwerke, welche nach dem Wassergesetze in Folge der Bewilligung der politischen Behörden in Angriff genommen werden. Vgl. aber böhmisches Wassergesetz §. 94. — 6) Wegen der Geringfügigkeit solcher Bauten. Hofd. 28. Aug. 1819 (Winiwarter Handb. II. S. 30). — 7) Er hat es unterlassen, die commissionelle Verhandlung zu veranlassen, oder Einspruchsberechtigte wurden dazu nicht geladen, oder der Bau wurde begonnen, ohne daß ein erhobener Einspruch beseitigt worden wäre, oder eine behördliche Verhandlung und Bewilligung war gar nicht nothwendig (Einfriedungsmauern Note 6.). Vgl. Mages S. 30. — 8) Stubenrauch S. 680 Note **, Kalessa im Jurist XIX S. 203 f., Kirchstetter S. 161. Anders das römische Recht: Arndts §. 330. — 9) Im römischen Recht ist sie ein außergerichtlicher Act, schon im heutigen gemeinen Recht erfolgt sie, wie nach österreichischem Recht durch gerichtliche Inhibition (Arndts Anm. 8, Heimbach S. 605); nach

Digitized by Google

gemeinem Recht hat aber nicht schon der bloße Besitzer die o. n. n., und der dazu Berechtigte kann auch nur Einstellung des Baues damit erwirken, weil er sich nur auf ein Verbotsrecht berufen muß (Windscheid a. a. O.); nach österreichischem Recht kann er die Niederreißung begehren, weil er doch den Besitz des Rechtes erweisen muß. — 10) Handelt es sich um einen von der (fehlenden) Bewilligung der Administrativbehörde abhängigen Bau, so kann dessen Einstellung auch durch die Anzeige an diese Behörde bewirkt werden. — 11) Versäumung dieser Frist wirkt definitiven Verlust des Einspruchsrechts; vgl. Mages S. 31. — 12) §. 15 der kais. V. v. 1849; sie entscheidet mit einstweiliger Giltigkeit über das Recht zu bauen. — 13) In diesem Sinne verstehen mehrere Romanisten (Keller §. 187, S. 373, Bangerow S. 553 f., Haimberger §. 603) schon das römische Recht von einem summarischen Verfahren und provisorischer Entscheidung über die einstweilige Aufrechterhaltung oder Remission der Nunciation. — 14) Das folgt aus dem Sprachgebrauche des Gesetzes. — 15) Also auch dem Hypothekargläubiger. Zeiller ad §. 340, Winiwarter II. S. 73, Ellinger ad §. 340. — 16) Z. B. dem Pachter; er kann sich nur (wenn nicht eine Besitzstörung vorliegt, in welchem Falle ihm die Besitzstörungsklage zur Verfügung steht; Entsch. G. H. 1869 Nr. 53 [= Sammlung VII. Nr. 3331.]) an den Verpachter halten. Winiwarter und Ellinger a. a. O., Stubenrauch I. S. 681, Entsch. cit. — 17) Vgl. Entsch. G Z. 1871 Nr. 40 [= Sammlung VII. Nr. 3540.]. — Unwiederbringlichem Schaden kann er mittlerweile durch Sequestration vorbeugen. — 18) Doch muß hierum in der Verbotsklage besonders angesucht werden (§. 8 der kais. Vdg. v. 1849). Nach röm. Recht ist die Einstellung unmittelbare Folge der Nunciation; eigenmächtige Fortsetzung des Baues berechtigt den Nuncianten zum interdictum demolitorium. — 19) Ueber das römische Recht: Bangerow S. 553 f. — 20) Kann der Unternehmer gegen diese Caution auch einen noch gar nicht begonnenen Bau beginnen? Dagegen Entsch. G. Z. 1870 Nr. 99 [= Sammlung VIII. Nr. 3835.], wonach freilich der gesetzwidrig Handelnde besser daran wäre, als Jener, der jede Eigenmächtigkeit vermeiden will. — 21) Arg. §. 340 verb.: „Verbot einer solchen Neuerung". Dafür spricht auch, daß nun der ordentliche Rechtsweg nur vom Sachfälligen betreten wird (s. die folgende Note). — 22) Nach römischem Recht muß (arg. L. 1. §. 6. D. h. t.) der Nunciant in dem Rechtsstreit als Kläger auftreten; im österreichischem Recht wird, wenn der Verbotsklage stattgegeben wird, der frühere Geklagte als Kläger aufzutreten haben. — 23) Ebenso nach römischem Recht (Keller §. 187, Bangerow S. 544). Es gilt aber nicht auch für Erhaltungsbauten, Hofd. v. 27. Sept. 1838. — 24) Stubenrauch S. 681. — 25) Hier kann von provisorischer Einstellung nicht mehr die Rede sein, und ist auch der Fall nicht mehr dringlicher Natur. — 25) Keller S. 372, Bangerow S. 550, 551.

Digitized by Google

II.

Ausführungen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ausführungen.

§. 17. Begriff und Wirkung der Anwendung der Rechtsnormen.[1])

Eine Rechtsnorm anwenden heißt: das in derselben ausgesprochene Princip für ein bestimmtes Lebensverhältniß wirksam werden lassen. Eine Rechtsnorm muß, sobald sie giltig ist, auf alle darunter subsumirbaren Lebensverhältnisse angewendet werden, und alle Lebensverhältnisse, welche von einer bestimmten Rechtsnorm getroffen werden, heißen dann Rechtsverhältnisse. Eine giltige, also anwendbare Rechtsnorm hat mithin sofort ihre bestimmten „rechtlichen Folgen" (§. 3 b. G. B.); aber sie sind verschieden bei Dispositiv- und bei Präceptivnormen.

Die rechtlichen Folgen der Wirksamkeit einer Dispositivnorm sind keine anderen, als die darin ausgesprochenen juristischen Wirkungen des bestimmten Rechtsverhältnisses, wofern sie durch Parteiwillkür nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden sind, also z. B. bei einem Miethvertrag die Berechtigung zur Aftervermiethung (§. 1098 b. G. B.). Bei einer Präceptivnorm treten rechtliche Folgen ihrer Wirksamkeit insbesondere hervor, wenn derselben entgegengehandelt wird, solche sind: Strafe (vgl. §. 189, 1000 u. a.), gewisse Rechtsnachtheile (§. 177, 400, 1014 u. a.), gerichtliche Zwangsmittel. Eine besondere Wirkung entsteht, wenn ein vom Gesetz verbotenes Geschäft dennoch unternommen[2]), z. B. eine angehoffte Erbschaft veräußert (§. 879), dem Pfandgläubiger die Fruchtnießung des Pfandes eingeräumt wird (§. 1372). Die Wirkung ist vollständige Nichtigkeit des Geschäfts (§. 878 — negotium lege prohibitum nullum est), und es bedarf, damit sie eintrete, nicht erst einer besonderen Androhung des Gesetzes; das Gleiche gilt, wenn bei der Unternehmung eines Geschäftes die vom Gesetz als wesentlich vorgeschriebene Form vernachlässigt wird (lex perfecta).[3]) Ausnahmsweise, nämlich wenn es überwiegende publicistische Rücksichten erheischen[4]), erlangt auch das verbotene Geschäft Giltigkeit, und es treten an die Stelle der Nichtigkeit andere Rechtsnachtheile (vgl. §. 121, 1174 — sog. lex minus quam perfecta)[5]); es bedarf aber hiezu der ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers.

1) Vgl. Unger I. S. 108 f. Puchta Pand. §. 108 f. Savigny VIII. S. 1 f. Keller Pand. §. 11—13.

2) Darüber Winiwarter in der Ztschr. f. österr. R. G. 1826. I. S. 321 f., Commentar I. S. 53 f. Unger I. S. 54 f.

3) Unger S. 55 Note 7.

4) Namentlich wenn die Aufhebung des Geschäftes zu nachtheilig wirken würde.

5) Weitere Ausnahmsfälle (Unger S. 56 Note 13, 14) sind, wenn sich das Gesetz bloß mit dem Verbote begnügt, ohne rechtliche Nachtheile festzusetzen, wo dann die Handlung keinen gerichtlichen

Digitized by Google

Die Wirksamkeit der Rechtsnormen ist jedoch zeitlich, örtlich und persönlich beschränkt. Von dieser dreifachen Grenze ist in den nachfolgenden §§. zu handeln.

§. 23. Einleitung zur Lehre von den subjectiven Rechten.[1])

Den Rechten im subjectiven Sinne ist bisher von der Theorie viel zu geringe Aufmerksamkeit geschenkt worden, so daß bis zur Stunde nicht einmal über dasjenige, was darunter zu verstehen und was davon auszuscheiden ist, ein Einverständniß erzielt worden ist. Die Pfleger der Privatrechtswissenschaft waren zu sehr durch die Verarbeitung des positiven Stoffes, den ihnen die Quellen darbieten, in Anspruch genommen, um für eine theoretische Grundlegung des Privatrechtssystems Zeit und Neigung zu gewinnen; auch hielten sie die Sache für so einfach und selbstverständlich, daß sie jede Erörterung hierüber für ebenso überflüssig ansahen, wie über eine Reihe anderer Begriffe, mit denen die Rechtswissenschaft fortwährend operirt, ohne eine Theorie derselben zu benöthigen; endlich glaubten sie eine Entwicklung der Theorie der subjectiven Rechte als der Domäne der Rechtsphilosophie angehörig, geradezu ablehnen zu müssen. Die Grundhältigkeit der letzteren Meinung soll hier nicht näher untersucht, aber es muß constatirt werden, daß die unbefriedigendsten Resultate in dieser Beziehung gerade auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie zu Tage gefördert worden sind, und das irgendwie Brauchbare den Pflegern der positiven Rechtswissenschaft zu verdanken ist. Diese auffallende Erscheinung läßt eine sehr natürliche Erklärung zu. Allgemeine Begriffe von praktischer Brauchbarkeit lassen sich nicht im Wege der Speculation, sondern nur dem der Abstraction gewinnen; es muß ein massenhaftes Material zusammengetragen werden, um das den concreten Erscheinungen wahrhaft Gemeinsame und damit deren wirkliche Basis aufzufinden. Dies ist aber in der That eine Beschäftigung der Pfleger des positiven Rechts, welche es mit dem einzelnen Rechtsverhältniß oder mit der einzelnen Rechtsregel zu thun haben, und hiebei, um eine feste Ansicht zu gewinnen, vom Besonderen zum Allgemeinen aufzusteigen genöthigt sind. Die von den positiven Juristen diesfalls zu Tage geförderten Resultate sind jedoch einerseits zu dürftig, andererseits zu wenig übereinstimmend, um einen wesentlichen Nutzen zu gewähren. Der verhängnißvolle Irrthum von der Entbehrlichkeit einer diesbezüglichen Theorie wirkte hier lähmend. Die Nothwendigkeit derselben erhellt nicht nur daraus, daß jede Wissenschaft (so gut wie jedes Gebäude) einer festen Grundlage bedarf, um auf derselben ein System von Sätzen zu errichten, welche, weil bis in die letzten zurück erweisbar, nicht jedem schalen Einwurf Angriffspunkte darbieten,

---

Schutz findet, das Geleistete aber nicht zurückgefordert werden kann (sog. lex imperfecta); ferner wenn umgekehrt nebst der Nichtigkeit auch Strafe eintritt (sog. lex plus quam perfecta). Letztere ließe sich in Oesterreich als Regel vertheidigen, da nach dem Hofd. vom 7. Jänner 1813 Nr. 1022 J. G. S. bei jeder Gesetzübertretung wenigstens eine arbiträre Strafe verhängt werden kann. Nach Min. Vdg. 30. Sept. 1857 Nr. 198 R. G. B. verhängt sie bei publicistischen Rücksichten die politische Behörde.

1) Von Einigen, wiewohl unpassend, Rechtsverhältnisse genannt.

Digitized by Google

sondern auch daraus, daß das ganze Privatrechtssystem, mehr oder weniger ein System von subjectiven Rechten, von einer klaren Einsicht in das Wesen derselben abhängig ist. Erfahrungsmäßig hat sich auch die Vernachlässigung der Theorie der subjectiven Rechte in den bisherigen Privatrechtssystemen bitter gerächt; denn nur so läßt sich die betrübende Erscheinung erklären, daß es bis zur Stunde streitig ist, ob der Besitz ein Recht oder eine Thatsache ist, ob es Familienrechte gibt, ob die Reallasten den dinglichen Rechten oder den Forderungen beizuzählen sind, oder ob sie ein Mischgebilde beider bilden; nur daraus erklärt sich die außerordentliche Divergenz der Ansichten über die rechtliche Natur des Autorrechtes, des Jagd- und Fischereirechtes, der Bannrechte und Regalien, der Gewerbsprivilegien und anderer Monopolien, sowie über die Theorie, von welcher bei der Construction der so tief in das Verkehrsleben eingreifenden Rechtssätze über Inhaber und Ordre-Papiere und die sog. bücherlichen Rechte auszugehen ist. Von der richtigen Einsicht in das Wesen eines Rechtes ist ferner die Antwort auf die controverse Frage abhängig, ob es subjectlose Rechte gibt oder in welcher Weise die Fortdauer der Rechte während der ruhenden Erbschaft, der Servituten während der Herrenlosigkeit des Grundstückes ꝛc. zu erklären ist; ob Rechte selbst, insbesondere Forderungen eine wirkliche Uebertragung unter Lebenden zulassen oder ob nur der Rechtsstoff übertragen werde; ob die Actionen mit den Rechten, zu deren Verfolgung sie dienen, identisch, oder von denselben wesentlich verschiedene Rechtsgebilde sind ꝛc. Da darf Niemand denken, daß es sich hier lediglich um Theorien ohne praktischen Belang handle; es sind dies cardinale Fragen, von deren richtiger Beantwortung auch jene einer Reihe weiterer tief in das Leben eingreifender Fragen abhängt. Das fühlen die heutigen Juristen immer lebhafter; es beweisen es ihre Klagen[2]) über die gänzlich vernachlässigte Theorie der subjectiven Rechte und ihre Versuche, das Versäumte nachzuholen.[3])

§. 24. Begriffsentwickelung des subjectiven Rechtes.

„Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freie Wesen neben einander stehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren freien Raum gewinne.[1]) Die Regel, wodurch

2) Z. B. Bekker in d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte IX. S. 367, Ahrens in Holtzendorff's Encyklopädie I. S. 3 f.

3) Namentlich Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) (dazu Bürkel krit. Vtljschr. XI. S. 190 bis 233), Ihering Geist III. §§. 59 bis 61 und Passive Wirkungen der Rechte in d. dogm. Jahrb. X. S. 387—580, Bekker Zur Lehre vom Rechtssubject ebda. XII. S. 1—135.

1) In diesem Ausdruck blickt allerdings noch durch die alte Vorstellung vom subj. Recht als einer „gleichmäßigen Freiheit Aller beschränkt durch die gleiche Freiheit der Uebrigen" (worüber zu vgl. Ahrens in Holtzendorff's Encykl. I. S. 29, 39); doch wie der Ausdruck hier steht, hat er nichts Unrichtiges an sich.

Digitized by Google

jene Grenze und durch sie dieser freie Raum bestimmt wird, ist das Recht"[2]) (im objectiven Sinne). Deutlicher gesagt: Zu dem gedachten Zwecke ist die Aufrechthaltung einer äußeren Ordnung zwischen den coexistirenden Gliedern der menschlichen Gesellschaft, wodurch bis auf eine gewisse Grenze ihr Thun und Lassen geregelt wird, und zum Zwecke dieser äußern Ordnung nach Thunlichkeit die Schaffung von dazu geeigneten und mit der erforderlichen Garantie ihrer Durchführung versehenen Normen[3]) nothwendig, deren Gesammtheit, weil sie sagen, was recht ist (quod justum est) oder nicht, kurzweg Recht[4]) (jus, im objectiven Sinne) genannt wird. Derlei Normen bilden sich zunächst auf Grundlage gemeinsamer Bedürfnisse und Anschauungen aus der allgemeinen Volksüberzeugung[5]), und üben, noch bevor es Staatsorgane gibt, die für deren Durchführung zu sorgen haben, wie jede Sitte, eine Macht über die einzelnen Glieder der menschlichen Gesellschaft aus, welcher sich nicht leicht Jemand ungestraft entziehen darf. Diese Macht ist hier besonders zu betonen, weil sie den Weg zur Construction der jedem Einzelnen zustehenden Macht ebnet.

Der Inhalt der Rechtsnormen besteht in Verboten gewisser gemeinschädlicher und in Geboten gewisser im Interesse der äußeren Ordnung nothwendiger Handlungen, nach Umständen auch in der Festsetzung der nachtheiligen Folgen, die denjenigen treffen sollen, der den Geboten oder Verboten entgegenhandelt[6]), und es bestimmt sich dieser Inhalt durch die allgemeinen menschlichen Bedürfnisse.

Eines der vorzüglichsten Bedürfnisse jedes Menschen ist, in dem Genusse der von ihm redlicher Weise erworbenen Güter geschützt zu sein. Was würde ihm sein Sammelfleiß, was Geschick und Betriebsamkeit nutzen, wenn ihm dasjenige, was er redlich und mit harter Mühe erworben, durch die Eigenmacht des stärkeren Nachbars entrissen werden dürfte? Einem solchen bellum omnium contra omnes können, da die Moral die erforderlichen Garantien nicht bietet, nur die Institute des objectiven Rechtes wirksam

2) Savigny Syst. I. S. 331.

3) Die ältere namentlich naturrechtliche Doctrin bezeichnete es als wesentliches Merkmal der das objective Recht bildenden Normen, daß sie „mit äußerem Zwange bewaffnet sind"; wäre dies richtig, dann würde es um die Rechte der Staatsglieder gegen das Staatsoberhaupt, des schwächeren Staates gegen den stärkeren schlecht stehen, abgesehen von den naturales obligationes, die unerzwingbar sind. Vgl. Savigny I. S. 332 f. Geyer Rechtsphilosophie S. 133. Bekker Actionen I. S. 11. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 6 bei Privatrechten nur den Staat als die Quelle des im subjectiven Rechte liegenden Gewaltverhältnisses betrachtet.

4) Diese Doppelbedeutung des Wortes „recht" trifft man auch in anderen Sprachen; vgl. z. B. das slavische „pravo".

5) Bruns in Holtzendorffs Encykl. I. S. 257.

6) Im Grunde bilden nur diese Normen den Inhalt des objectiven Rechtes. Das bloße Erlauben, welches auch mitunter normirt wird, ist implicite nur eine Consequenz des Verbotes, den Betreffenden an der Vornahme gewisser Handlungen zu hindern. Ebenso sind Bestimmungen über Erwerb und Verlust eines Rechtes, über die Fixirung eines Rechtszustandes (z. B. die Großjährigkeit) weiter nichts, als Detailbestimmungen eines allgemeinen Gebotes oder Verbotes, welches nicht in einem, sondern in mehreren Sätzen gegeben erscheint.

Digitized by Google

begegnen. Es wird sich eine Norm als nothwendig darstellen, welche Jedermann verbietet, denjenigen, welcher sich Güter auf eine vom Rechte gebilligte Art erworben hat, in dem Genusse und der Verfügung über dieselben zu stören, und welche dieses Verbot auch mit den erforderlichen Garantien gegen das Zuwiderhandeln umgibt. Obwohl schon das auf der Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer solchen Norm fußende Rechtsbewußtsein einen mächtigen Schutz gegen Uebergriffe bildet, so schafft die kräftigste Garantie doch erst ein geordneter Staatsverband mit seinen zur Aufrechthaltung der rechtlichen Ordnung bestimmten Organen. Das bloße Bewußtsein, daß es solche gibt, hält schon oft den Uebelwollenden von Uebertretungen ab; überdies kräftigt sich unter deren allwaltendem Schutz die Rechtsüberzeugung mit aller Macht einer Sitte, die nicht nur Jeden, der sich derselben zu entziehen sucht, als Feind der geselligen Ordnung brandmarkt, sondern auch alles Thun und Lassen, alles Dichten und Trachten mit der überlegenen Kraft mechanischer Uebung beherrscht. Während ohne diese Voraussetzungen der Einzelne eine Macht nur über dasjenige hat, was er mit physischer Kraft zu vertheidigen vermag, ist nunmehr der Pflug auf dem Felde, das Vieh auf der Weide, der Baum im entlegenen Walde, ja selbst dasjenige, was einem Anderen nur zur Verwahrung überantwortet wurde, vor Uebergriffen ebenso sicher, wie das, was unter Schloß und Riegel gehalten, mit einer dreifachen Mauer umspannt ist. Darum sagen die Rechtslehrer, man sei nicht nur Besitzer desjenigen, was man persönlich verwahrt, sondern auch des auf dem Felde gelassenen Pfluges, wie des Feldes selbst, weil auch die Gewohnheit, fremdes Gut zu achten, jene Macht verschafft, die das charakteristische Merkmal des Besitzes bildet. Es erweitert sich also unter dem Schutze des objectiven Rechtes die factische Macht des Einzelnen über Gegenstände, über welche eine solche wegen Abwesenheit, Vergessenheit, mangelnder Kraft und anderer Gründe wegen gar nicht ausgeübt werden kann; sie erweitert sich also zu einer rechtlichen Macht, und diese erst vom objectiven Recht geschaffene, ohne dasselbe gar nicht denkbare Macht des Einzelnen über gewisse Gegenstände der Außenwelt nennt man ebenfalls *Recht*, das Recht dieses Einzelnen, *sein Recht*.[7]) Dieses Recht ist nicht eine Norm, sondern eine Macht, eine Herrschaft des Einzelnen, des bestimmten Subjectes und wird darum kurzweg *subjectives* Recht genannt. Man kann es definiren als die vom objectiven Recht geschaffene Macht des Einzelnen über irgend einen Gegenstand.

Allein diese Definition ist unvollständig. Das objective Recht schafft zuweilen Machtverhältnisse, ohne sie, möchte ich sagen, geradezu zu wollen; es schafft die Macht nicht darum, weil sie sich als nothwendiges Glied des Rechtsorganismus darstellt, es schafft sie nicht um ihretwillen, sondern weil sie eine nothwendige, vielleicht unwillkommene Consequenz gewisser anderer Rechtspostulate ist, welche letzteren sich ohne die ersteren nicht verwirklichen

7) Vorhandensein *physischer* Macht gehört gar nicht zum Begriffe des Rechtes. Es ist irrig, wenn man annimmt, das Recht sei nur die äußere Sanctionirung einer bereits vorhandenen physischen Macht, und wenn man aus dem Nichtvorhandensein der letzteren auf das Fehlen des Rechtes schließt.

Digitized by Google

lassen. Da heißt es nun, mit einem Rechtsinstitut auch dessen unliebsame Consequenzen mit in den Kauf nehmen, wenn nur auch Mittel geschaffen werden, wodurch das Nachtheilige derselben wieder aufgehoben wird. Eine solche vom objectiven Recht unwillkürlich geschaffene Macht des Einzelnen wird von dem Recht wenigstens nicht angestrebt, sie ist von ihm nicht definitiv anerkannt, sondern nur geduldet, so lange sich die Sache nicht ändern läßt, und kann daher nicht als Recht des Einzelnen, als subjectives Recht angesehen werden. Das Gesagte gilt speciell vom sog. Besitze. Derselbe ist zunächst eine factische Macht über ein bestimmtes Object; er wird aber dadurch, daß das objective Recht im Interesse der Hintanhaltung der so verderblichen Eigenmacht Jedermann verbietet, den Besitzer eigenmächtig zu stören, und den Besitzprätendenten anweist, seine Ansprüche im Wege Rechtens vor dem ordentlichen Richter zu verfolgen, thatsächlich zu einer rechtlichen, weil hauptsächlich auf der Autorität des Rechtes beruhenden Macht[8]), und dennoch wäre es sicherlich kühn, dem Dieb und Räuber, die ja auch Besitzer sind, ein Recht über die in ihrem Besitze befindliche Sache zuzusprechen. Zwar rechnen nicht nur die auf älteren Anschauungen fußenden Gesetzgebungen (namentlich §. 308 b. G. B.), sondern auch gewiegte Civilisten der Gegenwart den Besitz zu den subjectiven Rechten[9]); allein die Gründe, welche sie dazu veranlaßt haben, sind von ganz eigenthümlicher Natur, nicht zunächst abweichend von der hier ausgesprochenen Ansicht, sondern vielmehr hervorgehend aus einer besonderen Construction des Begriffs des subjectiven Rechtes, die an einer späteren Stelle ihre Würdigung und Widerlegung finden wird. Sind wir hiernach nicht im Stande, den Besitz im technischen Sinne, obwohl er eine vom objectiven Recht geschaffene Macht ist, in den Rahmen des subjectiven Rechtes einzufügen, weil diese Macht vom objectiven Recht nicht angestrebt, nicht definitiv anerkannt ist, so müssen wir den oben angeführten Merkmalen der Definition des subjectiven Rechtes noch jenes des endgiltigen Anerkanntseins durch das objective Recht beifügen und sagen:

das subjective Recht ist die vom objectiven Recht geschaffene und von demselben definitiv anerkannte Macht des Einzelnen[10]) über irgend einen Gegenstand.[11])

---

8) Die gewöhnliche Aufstellung der Civilisten (z. B. Unger's I. S. 515), der Besitz sei nur eine factische, und nur das subjective Recht eine rechtliche Macht, ist also nicht richtig; auch der Besitz ist eine rechtliche Macht, sie wird vom objectiven Recht erst geschaffen; es ließe sonst sich nicht begreifen, daß man auch Besitzer des auf dem Felde gelassenen Pfluges ist. Vgl. insbesondere Ihering über den Grund des Besitzschutzes (2. Aufl. 1869) S. 21 f., 45 f.

9) Gegenüber diesen Anschauungen hier nur Folgendes: Der Begriff des Rechtes im subjectiven Sinne darf mit dem, was man im gewöhnlichen Leben darunter versteht, wenigstens nicht im Widerspruch stehen, da dieser Begriff dem Leben entnommen ist. Der gemeine Mann aber denkt in allen Fällen, wo er von einem Rechte zu etwas spricht, an eine Conformität mit dem Rechtsgesetz. Und diese Conformität soll etwa auch dem Besitz des Diebes innewohnen?!

10) Ob es subjectlose Rechte gebe, und ob für den Fall, daß die Frage bejaht werden müßte, eine Modification dieser Begriffsbestimmung (durch Weglassung der Worte: „des Einzelnen") nothwendig wäre, darüber unten §. 46.

11) Vgl. zu dieser Definition auch

Digitized by Google

§. 25. Kritik abweichender Begriffsbestimmungen.

Man sollte eine befriedigende Begriffsbestimmung vor Allem von den Rechtsphilosophen erwarten, deren Aufgabe es ist, für das positive Recht in allen von der Verschiedenheit desselben unabhängigen Beziehungen die erforderliche theoretische Grundlage zu schaffen; in dieser Erwartung sehen wir uns jedoch vielfältig getäuscht. Wir sehen ab von den Versuchen der älteren, namentlich auch der Hegel'schen Schule, die schon darin einen verkehrten Weg einschlug, daß sie zunächst von dem Begriffe des subjectiven Rechtes[1]) ausgehend den Begriff des objectiven Rechtes zu gewinnen suchte[2]), während doch umgekehrt ersteres eine Schöpfung des letzteren ist. Die neuere Schule bezeichnet darin einen wesentlichen Fortschritt, daß sie zunächst das Wesen des objectiven Rechtes mit aller Schärfe zu entwickeln sucht, und auf dieser Grundlage die unter dessen Herrschaft sich bildenden subjectiven Rechte des Einzelnen bestimmt; dennoch können die aufgestellten nicht befriedigen. Wenn Trendelenburg[3]) das subjective Recht als „den Anspruch an die Verpflichtung Anderer oder des Ganzen, demjenigen, welcher das Recht hat, etwas zu leisten oder zu gestatten" bezeichnet, — wenn Ahrens[4]) als das Wesen des subjectiven Rechtes eine Forderung gegen Jedermann oder nur gegen bestimmte Personen auf ein bestimmtes Handeln angibt, — wenn übereinstimmend damit Röder[5]) das subjective Recht definirt als „das Recht (im objectiven Sinn) in seiner Beziehung auf das Subject, dem zukommt es zu leisten oder sich leisten zu lassen", indem, wie er meint, jedes subjective Recht „auf eine das vernünftige Leben bedingende entweder eigene oder fremde Handlung oder Leistung geht": — so finden wir in diesen, sowie in den zwar dem Wortlaute nach differirenden, dem Sinne nach aber im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen von Stahl[6]), Morgenstern[7]) u. A. eher Alles als eine genaue Angabe des Wesens des Rechtes in subjectiver Bedeutung. Denn abgesehen davon, daß dann auch der Besitz als ein Recht angesehen werden müßte, weil er gleichfalls den Anspruch gegen Andere, nämlich auf Nichtstörung erzeugt, daß es ferner unbestritten Ansprüche gibt, die gegen Jedermann gerichtet sind[8]), die aber dennoch bisher kein Civilist in den Rahmen der subjectiven Rechte einzu-

---

Bekker Actionen I. S. 11 und dogm. Jahrb. XII. S. 5 f.

1) Darunter verstand sie eine gewisse gleichmäßige Willensfreiheit Aller.

2) Vgl. Geyer Rechtsphilos. S. 71 f. 126. Ahrens in Holtzendorff's Encyklopädie I. S. 31 f.

3) Naturrecht auf dem Grunde der Ethik (1860) §. 86.

4) Juristische Encykl. (1855) S. 50.

5) Grundzüge des Naturrechtes (1860) §§. 51. 45.

6) Philosophie des Rechtes (1. Aufl. 1833) II. S. 128: „Recht im subjectiven Sinne bezeichnet eine sittliche Macht, die ein Mensch hat über Andere".

7) Mensch, Volksleben und Staat in natürlichem Zusammenhange (1855) II. §. 85: „Recht ist, subjectiv aufgefaßt seinem allgemeinen Begriffe nach das Verhältniß einer Person zu einem Gegenstande, welches ihr die befugte Macht gibt, von einem Andern zu verlangen, daß er im Bereiche dieses Verhältnisses sich ihrem Willen füge".

8) Z. B. daß man nicht betrüge, nicht Gewalt ausübe u. dgl.

Digitized by Google

zwängen gewagt hat, — verstoßen diese Definitionen gegen die civilistische und logische Grundregel, daß das Wesen jedes subjectiven Rechtes nur durch die Angabe seines charakteristischen Inhalts bestimmt werden könne. So wird z. B. das Eigenthumsrecht als die Befugniß, mit einer Sache zu verfügen und jeden Anderen davon auszuschließen (§. 354 b. G. B.), oder wie die Neueren sagen, als die totale rechtliche Macht über eine körperliche Sache bezeichnet, während es nach den obigen Definitionen als der Anspruch gegen Jedermann, den Eigenthümer in der Verfügung mit seiner Sache nicht zu stören, definirt werden müßte, — eine Definition, die eben so gut auch auf den Besitz paßt. Der Grundfehler der hier bekämpften Anschauung besteht in der Identificirung zweier logisch und civilistisch wohl zu unterscheidender Begriffe: des Rechtes und des Anspruchs. Ersteres ist die rechtliche Macht über einen Gegenstand, letzterer die damit nothwendig in Verbindung stehende Anforderung an Andere zu einem dem Rechte entsprechenden Verhalten, z. B. der Nichtstörung des Eigenthums[9]); darum entspricht zwar jedem Rechte ein Anspruch, nicht aber jedem Anspruch ein Recht, wie denn z. B. dem unleugbar bestehenden rechtlichen Anspruche, nicht zu betrügen, ein bestimmtes Recht nicht entspricht.[10]) Bei der in der Civilistik so ziemlich allgemein anerkannten Verschiedenheit von Recht und Anspruch[11]) erscheint es gewiß nicht gerechtfertigt, beide in der Definition nicht zu unterscheiden.

In den von den Pflegern des positiven Rechtes aufgestellten Definitionen finden wir manche anerkennenswerthe Annäherung an das Richtige, ohne doch irgend einem dieser zahlreichen Versuche unseren vollen Beifall schenken zu können. Insbesondere sind zu erwähnen die Begriffsbestimmung von Bekker,[12]) der das Recht als ein vom Staate anerkanntes, eventuell geschütztes Gewaltverhältniß über ein greifbares Object bezeichnet. Doch nimmt er schon damit eine schiefe Stellung zum richtigen Begriff, daß er das Recht vom Staate (besser: vom objectiven Rechte) bloß anerkennen, nicht schaffen läßt; auch ist das Object nicht immer ein greifbares, indem es (Grundr. §. 83) auch unkörperliche, also ungreifbare Rechtsobjecte gibt; ferner von Arndts,[13]) welcher das subjective Recht „als eine durch das Recht im objectiven Sinne einer Person gewährte Herrschaft des Willens in Ansehung eines Gegenstandes", von Windscheid,[14]) der es als „ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollendürfen,[15]) als eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft", von Unger,[16]) der es als „eine von dem objectiven Rechte anerkannte Herrschaft des individuellen Willens"

9) Windscheid Pand. §§. 43, 107.

10) So auch Windscheid §. 101 Note 1: „Der Betrug verletzt gar kein Recht."

11) Allerdings wird mit dem Ausdruck „Anspruch" häufig ein anderer als der im Text angeführte Sinn verbunden, indem man darunter nur den unbefriedigten Anspruch versteht. So Unger II. S. 324 f. Reuner S. 153, 157 f., 171.

12) Dogmat. Jahrb. XII. S. 5 f.

13) Pand. §. 21.

14) Pand. §. 37.

15) Wörtlich so auch Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 4.

16) System I. S. 489.

Digitized by Google

bezeichnet, — Definitionen, mit welchen jene von Savigny[17]) und Puchta[18]) dem Wortsinne nach so ziemlich zusammenfallen. Gegen alle diese Definitionen, welche in dem subjectiven Rechte eine Herrschaft des Willens erblicken, läßt sich aber mit Ihering[19]) und Bekker[20]) einwenden, daß ja auch der Willensunfähige Rechte haben kann, wo dann die in denselben liegende Macht sicherlich nicht eine Macht seines Willens ist. Demnach ist das subjective Recht allerdings wohl eine Macht oder Herrschaft eines Individuums, welches, wie Kinder und Geisteskranke, auch ohne Willen mächtig sein kann, nicht aber eine Willensherrschaft. Zudem wird diese Herrschaft in den angeführten Definitionen bloß als eine vom objectiven Rechte „gewährte" oder „verliehene",[21]) oder bloß als eine von demselben „anerkannte" bezeichnet, was insofern zu eng ist, als diese Macht vom objectiven Rechte nicht bloß anerkannt, sondern geradezu hervorgebracht wird.[22]) Wenn endlich Unger[23]) das subjective Recht als „eine Macht, welche ein Wille über andere Willen hat" definirt, so liegt hierin wieder die bereits als unzulässig erwiesene Identificirung von Recht und Anspruch.

Viele ältere Civilisten[24]) sehen im subjectiven Rechte die vom objectiven Rechte gewährte Möglichkeit zu handeln; dieser Anschauung huldigten auch die Verfasser des österr. G. B., welches im §. 1459 von einem Rechte über seine eigenen Handlungen spricht, und insbesondere das Erbrecht als das Recht, eine Verlassenschaft in Besitz zu nehmen, definirt (§. 532). Allein die Berechtigungen zur Unternehmung dieser oder jener Handlung sind nicht selbst Rechte, sondern nur Aeußerungen bestimmter Rechte, sog. Befugnisse; sonst müßten die Berechtigungen, sein Haus zu bewohnen, sein Feld zu bebauen, sein Rind zu schlachten als ebensoviele Rechte angesehen werden, während sie thatsächlich nur Ausflüsse des Eigenthumsrechtes sind, welches sich bald in dieser, bald in jener Richtung äußert. Und wie könnten die negativen Servituten[25]) (z. B. altius non tollendi) unter den Begriff eines Rechtes gebracht werden, da sie die Befugniß zu einer bestimmten Handlung nicht gewähren?[26])

Vollends zu weit ist endlich die Aufstellung anderer Rechtslehrer, welche,

---

17) System I. S. 7, 333; „. . . eine der einzelnen Person zustehende Macht, vermöge welcher ihr Wille in einem gewissen Gebiete unabhängig von jedem fremden Willen herrschen kann".

18) Pand. §. 29. Er geht davon aus, daß das subjective Recht eine durch die Thätigkeit „des rechtlichen Wollens" „den Rechtsvorschriften gemäß" erfolgte Unterwerfung eines Gegenstandes ist.

19) Geist III. §§. 60, 61.

20) Dogm. Jahrb. XII. S. 9.

21) Wonach auch der Besitz ein Recht sein müßte.

22) Der letztere Vorwurf trifft daher auch die sonst ziemlich zutreffende Definition Baron's (Pand. §. 16): „Das Recht im subjectiven Sinne ist eine Herrschaft, welche einer bestimmten Person (oder mehreren) an einem bestimmten Gegenstand gemäß den Rechtsvorschriften zusteht."

23) System I. S. 499.

24) Unter den neueren z. B. Kirchstetter Commentar S. 11.

25) Das Gleiche gilt regelmäßig auch von Forderungen.

26) Darum kann auch nicht als zutreffend angesehen werden die Nominaldefinition von Bruns in Holtzendorff's Encykl. I. S. 267: „Die subjectiven Rechte sind die Befugnisse, die den einzelnen Subjecten dem objectiven Rechte nach zustehen."

Digitized by Google

um diese Klippen zu umschiffen, als subjectives Recht jedes „rechtlich geschützte Interesse" bezeichnen, von der Erwägung ausgehend, daß, da die Gerichte nur Rechte zu schützen haben, von der Existenz eines Schutzmittels, z. B. der Klage, auch auf jene eines Rechtes geschlossen werden könne. So Ihering,[27]) und auf ihn sich berufend Stölzel.[28]) In diese Anschauung verfallen selbst Civilisten, welche bei der Begriffsbestimmung des subjectiven Rechtes demselben eine engere Grenze ziehen; nur so kann es erklärt werden, wenn Heise[29]) das Beneficium der Minderjährigen, Puchta[30]) und Brinz[31]) die Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit, Savigny[32]) die „Stellung Jemandes in den zur Familie gehörigen Rechtsverhältnissen", Unger[33]) das Recht Erbe zu sein als Privatrechte erklären, und im Grunde ist auch die Theorie von den sog. jura status in dem übermäßigen Umfang, in welchem sie angenommen zu werden pflegen, nur von dem erwähnten Standpunkt aus erklärbar. Allein, wie Unger[34]) treffend bemerkt, so wenig es ein Recht ist, Vater, Gatte oder Kind zu sein, indem richtig gesprochen, dies nur rechtlich relevante Zustände sind, ebensowenig kann man die Minderjährigkeit, Großjährigkeit oder Rechtsfähigkeit Rechte nennen; dem kann man beifügen, daß auch das Erbesein in die Kategorie dieser juristischen Zustände zu verweisen ist, welche wohl für die Entstehung von Rechten bedeutsam sind, sich aber zu ihnen wie die Ursache zur Wirkung verhalten. Daß von dem hier bestrittenen Standpunkt auch der Besitz als Recht aufgefaßt werden muß, ist selbstverständlich, und wird von manchen Vertheidigern der gerügten Begriffsbestimmung auch zugegeben; allein diese, wie die übrigen angeführten Consequenzen[35]) sind die schlagendste Verurtheilung der Begriffsbestimmung selbst.

§. 27. Prüfung der Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf Familienrechte.

Die Frage, was im Einzelnen als Recht (im subjectiven Sinne) und speciell als Privatrecht anzusehen sei, ist in eminenter Weise bestritten. Zwar daß Sachenrechte als rechtlich anerkannte Machtverhältnisse über eine Sache

27) Geist a. a. O.: Recht ist „das Interesse, für welches der Betheiligte Schutz durch Klage begehren kann". Vgl. hierüber Windscheid §. 37 Note 2. Bruns in Holtzendorff's Encykl. I. S. 267 f.

28) Dogm. Jahrb. VIII. S. 145.

29) Grundriß S. 16 Note 5.

30) Pand. §. 114.

31) Pand. 1. Aufl. S. 48.

32) System I. S. 401.

33) Erbrecht §. 2.

34) System I. §. 60 (bes. S. 508, 510 Note 17) und §. 24 (S. 216 f., 223 f.).

35) Eine Consequenz der Iheringschen Auffassung wäre, daß, wo das Interesse fehlt, auch das Recht als weggefallen angesehen werden müßte, und daß (Jahrb. X. S. 415 f.) das Wesen des Rechtes in dem Zweckbegriffe läge, weshalb bei Corporationen und Stiftungen die wahren Rechtssubjecte die einzelnen Menschen wären, zu deren Genuß das Vermögen der juristischen Person bestimmt ist (Geist III. S. 212 220 f.), weil sie der Zweck sind, wegen dessen die juristische Person besteht (Jahrb. X. S. 440). Aus dem ersten Gesichtspunkt folgert Ihering (S. 414 f.), daß Rechte ohne Subject nicht bestehen können, und daher nach dem Tode des Erblassers bis zur Erbantretung nur in ihren passiven Wirkungen fortdauern. Eine

Digitized by Google

wahre Privatrechte sind, ist außer Streit, und die Frage kann hier noch ausgesetzt werden, ob diesfalls unter Sachen nur körperliche (herrschende Doctrin), oder auch unkörperliche zu verstehen sind. Das Gleiche gilt von persönlichen Rechten oder Forderungen, bezüglich welcher die controverse Frage, was hier als Gegenstand der rechtlichen Macht (als Rechtsobject) zu betrachten ist, ebenfalls einer späteren Erörterung vorbehalten bleibt. Diese beiden Classen von Privatrechten werden bekanntlich Vermögensrechte genannt. Was aber in hohem Maße bestritten ist, das ist die Frage, ob es Familienrechte gebe und ob sie dem Privatrechte angehören. Die ältere Doctrin nahm Familienrechte von jeher an, und ihr folgt die österreichische, preußische und französische Gesetzgebung. Die historische Schule hingegen will nur Familienrechtsverhältnisse, nicht aber Familienrechte anerkennen. So meint Savigny[1]), die aus Familienverhältnissen hervorgehenden Ansprüche seien nur sittliche, nicht rechtliche, und bezeichnet darum das sog. jus personarum als die Stellung Jemandes in den zur Familie gehörigen Rechtsverhältnissen, z. B. die Stellung als Gatte, als Vater, welche sicherlich kein Recht im technischen Sinne sei. Ihm folgend, sagt Unger[2]), daß „aus Familienverhältnissen nicht Rechte und Befugnisse entstehen", und „es sei unrichtig, wenn man öfters als den Inhalt der Familienverhältnisse die partielle Unterwerfung einer Person unter den Willen einer andern angibt", ferner „der Inhalt der Familienverhältnisse sei ein dem Rechtsgebiet fremder" und „die Ansprüche der Gatten und Kinder seien sittliche, nicht privatrechtliche Ansprüche." Im Wesentlichen stimmen damit überein Arndts[3]), Sintenis[4]), Rudorff[5]) u. A. Doch ist diese Anschauung selbst bei manchen Anhängern der historischen Schule auf Bedenken gestoßen und in der neuesten Zeit nimmt die Zahl derjenigen immer mehr zu, welche wahre Familienrechte anerkennen. Abgesehen von den Commentatoren des österreichischen Civilrechts, welche dieser Meinung immer anhingen, sowie von den Vertretern der Rechtsphilosophie[6]), können hierher gezählt werden: Puchta[7]), Fritz[8]), Windscheid[9]), Reuner[10]) und sein Recensent Bürkel[11]), Brinz[12]), Bruns[13]), Baron[14]), Serafini[15]), Ihering[16]).

Untersuchen wir den Inhalt der auf die Familienverhältnisse Bezug nehmenden Rechtsnormen, und wenden wir den entwickelten Begriff des subjectiven Rechtes auf das Gefundene an, so kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. Der Inhalt dieser Rechtsnormen wird, welches Rechtssystem

---

weitere Folgerung, zu der er geführt wird, ist die, daß der Besitz ein Recht sei (Geist III. S. 39 f.), weil er ein rechtlich geschütztes Interesse sei.

1) System I. S. 348—350, 356, 401.
2) System §. 24, 60.
3) Arndts Pand. §. 22.
4) In Linde's Zeitschr. XIX. S. 66 f.
5) Zu Puchta's Vorles. §. 46 Anm. 1.
6) Z. B. Ahrens in Holtzendorff's Encykl. I. S. 50.
7) Rhein. Museum III. S. 301 f.
8) Erläuterungen I. S. 56.
9) Pand. I. §. 41.
10) Wesen und Arten §. 5.
11) Krit. Vtljschr. XI. S. 204 f.
12) Pand. §. 22 und S. 1151, 1208, vgl. unten Note 25.
13) In Holtzendorff's Encykl. I. S. 268.
14) Pand. S. 39.
15) Istituzioni p. 34.
16) Dogmat. Jahrb. X. S. 393.

Digitized by Google

gesitteter Völker wir auch immer ins Auge fassen mögen, durch folgende Betrachtungen bestimmt: Der Mensch lebt regelmäßig in einem sogenannten Familienverbande, d. i. er steht zu Anderen in dem Verhältnisse eines Gatten, Vaters, Kindes. Sitte und Moral verpflichten die Ehegatten zum fortdauernden, Eltern und Kinder zu einem so lange dauernden Zusammenleben, als es der Zweck der Erziehung und Verpflegung fordert. Der durch den Familienverband beabsichtigte Zweck der Führung eines gemeinsamen Haushaltes und der Kindererziehung macht es zu einem Gebote der Vernunft und Zweckmäßigkeit, daß der Mann hierin eine überwiegende Stellung einnehme, und also die übrigen Familienglieder ihren Willen dem seinigen insoweit unterordnen, als es dieser Zweck erfordert; eine diesem Zwecke entsprechende Unterordnung hat bei Kindern auch gegenüber der Mutter einzutreten. Sitte und Moral würden jedoch nicht genügen, diese natürliche Ordnung aufrecht zu erhalten; das Recht muß sie daher unter seinen Schutz nehmen, indem es nicht nur den Familiengliedern, sondern Jedermann verbietet, diese Ordnung zu stören, und indem es seine diesfälligen Normen mit den erforderlichen Garantien umgibt, welche deren wirkliche Achtung bezielen. Dadurch gewährt es dem Manne über die Frau, den Eltern über die Kinder eine außerdem nicht bestehende, also eine rechtliche Macht, welche, weil sie vom objectiven Rechte geschaffen und von demselben bezielt wird, ein subjectives Recht ist, und speciell wegen ihrer Dauer, Intensität und ihres Umfanges eine Gewalt (potestas) genannt wird.[17]) Es sind also die sog. ehemännliche, die väterliche und elterliche Gewalt wahre subjective Rechte, und ist damit die Existenz von Familienrechten überzeugend nachgewiesen. Nur könnte noch der Zweifel entstehen, ob sie nicht unter die persönlichen (obligatorischen) Rechte zu verweisen wären. Sie haben nämlich mit diesen das Merkmal gemein, daß ihr Object eine Person, bezw. Handlungen dieser Person sind; daß sie mitunter die Herrschaft über die Gesammtheit der Handlungen der unterworfenen Person involviren, während dies bei obligatorischen Rechten nur in Bezug auf einzelne Handlungen der Fall ist, würde noch keinen qualitativen, sondern höchstens einen quantitativen Unterschied begründen.[18]) Der Nachweis ist jedoch nicht schwer, daß der Unterschied in der That ein qualitativer, ja ein so wesentlicher ist, wie kaum zwischen zwei anderen Gattungen von Privatrechten. Zunächst ist zu bemerken, daß die familienrechtliche Gewalt die Befugniß gewährt, ganz allgemein die Handlungen eines anderen Familiengliedes zu leiten (vgl. §§. 91, 92, 144 b. G. B.), während sich obligatorische Rechte nur auf bestimmte Handlungen beziehen, und daß in ersterer bis auf eine gewisse Grenze auch ein Recht eigenmächtiger Vollstreckung der gegebenen Befehle liegt (vgl. §. 145 b. G. B.), während es bei letzteren gänzlich fehlt (§. 19 b. G. B.). Hiedurch entsteht auf Seite des Berechtigten eine gewisse Superiorität über den Verpflichteten, vergleichbar jener der Obrigkeit über die ihrer Amtswirksamkeit Unterworfenen, und dies bezeichnet sehr

17) Windscheid §. 41.
18) Diesen Einwand erhebt auch Unger I. S. 217 Note 16 gegen Fritz.

Digitized by Google

prägnant der für die Familienrechte gewählte Ausdruck „Gewalt" gegenüber dem dieser Gewalt entsprechenden Verhalten, welches „Gehorsam" (§. 144 b. G. B.) genannt wird.[19]) Darum unterschied sich schon nach dem älteren römischen Recht die potestas so wesentlich von den obligatorischen Verhältnissen, obwohl dieselbe mit den übrigen Rechten insofern noch auf einer Linie stand, als sie dem Berechtigten um seinetwillen zustand und daher deren Ausübung von seinem Belieben abhing.[20]) Dies hat sich schon im neueren römischen Recht und noch mehr im modernen Rechtsleben wesentlich geändert. Die familienrechtliche Gewalt dient nicht mehr dem ausschließlichen Interesse des Gewalthabers, ihre Ausübung steht nicht mehr in seinem Belieben, sondern er hat hiezu eine Pflicht[21]), deren er sich nicht entschlagen kann, während es hinsichtlich der obligatorischen, ja der Vermögensrechte überhaupt als Grundregel gilt, daß deren Ausübung oder Nichtausübung im freien Ermessen des Berechtigten steht[22]), und ihm die Nichtausübung keinen weiteren rechtlichen Nachtheil zuzieht, als den einer allfälligen Verjährung. Darum heben auch Neuere[23]) als das Charakteristische der Familienrechte hervor, daß hier das Recht „erst aus der Pflicht entsteht; die Pflicht sei das Principale, das Recht erst die Consequenz, während alle übrigen Rechte nicht aus der Pflicht entstehen, sondern die Pflicht erst aus sich erzeugen." Damit ist aber die Charakterisirung der Familienrechte noch nicht vollständig getroffen. Windscheid, Brinz u. A. scheinen lediglich an eine Verpflichtung gegenüber den der Gewalt unterworfenen Familiengliedern zu denken; wäre nur eine solche vorhanden, so würden sich die Familienglieder ihre gegenseitigen Verpflichtungen erlassen, und damit die Familienrechte aufheben können, was entschieden nicht angeht. Eine Verpflichtung zur Handhabung der familienrechtlichen Gewalt hat der Berechtigte vielmehr vorzugsweise gegenüber dem Gemeinwesen, dem Staate, von welchem er zu dieser Handhabung angehalten werden kann, und von welchem daher, wenn ein Familienverhältniß bloß durch Einwilligung der betheiligten Familienglieder aufgehoben werden wollte, sofort der entsprechende Einspruch erhoben wird; daher kommt es, daß Familienrechte nicht wie andere Privatrechte nur auf Berufung der gekränkten Partei, sondern officiös

19) Daher kommt es, das auch das Verhältniß zwischen dem Dienstherrn und Dienstboten häufig als Familienverhältniß aufgefaßt wird; es dürfte hiefür die Frage entscheidend sein, ob dem Dienstherrn ein bestimmtes Strafrecht über den Dienstboten zusteht oder nicht.

20) Windscheid §. 41.

21) Man darf aber nicht (mit Brinz Pand. S. 48, 1152, 1162, 1217) sagen, das Recht sei hier zugleich Pflicht, (was logisch unmöglich ist), sondern es besteht eine Pflicht, das Recht auszuüben. Die Pflicht ist publicistischer, das Recht privatrechtlicher Natur. Die Fälle in denen man verpflichtet sein kann, ein Recht auszuüben, sind nicht selten; so ist z. B. der Waldeigenthümer verpflichtet, den abgestockten Wald wieder aufzuforsten; so kann sich ein Nachbar dem andern gegenüber verpflichten, sein Haus nicht unbewohnt zu lassen. Daß dadurch die Qualität des Rechtes, welches man auszuüben verpflichtet ist, nicht geändert wird, bedarf keiner Erwähnung. Vgl. Geyer S. 201.

22) Daher die Regel: Jure suo uti nemo cogitur. Ausnahmen in der vorigen Note.

23) z. B. Windscheid §. 41.

Digitized by Google

geschützt werden (§§. 93, 94, 142, 148, 178 u. a. vgl. auch §. 21 b. G. B). Es bildet also dies ein neues, bisher viel zu wenig betontes Charakteristicon der Familienrechte gegenüber den übrigen Privatrechten, wodurch deren selbständige Stellung mehr als hinreichend gerechtfertigt erscheint.[24]) Daß sie dennoch Privatrechte sind, folgt aus der Betrachtung, daß sie vom objectiven Rechte zu dem von dem Berechtigten in seinem Wirkungskreise zu realisirenden Zwecke des Haushaltes und der Kindererziehung geschaffen worden sind.[25])

Den Familienrechten ist auch die sog. vormundschaftliche Gewalt beizuzählen. Der Tod oder eine sonstige dauernde Hinderung des Familienhauptes macht nämlich eine Stellvertretung desselben zum Besten des hilflosen Schützlings nothwendig, die in dem Institute der Vormundschaft (und Curatel) gefunden wird. Dem Vormund verleiht das Recht eine der väterlichen ähnliche Gewalt; nicht nur hat er einen ähnlichen Anspruch auf Gehorsam, dem er innerhalb bescheidener Grenzen durch selbständige Zwangsmittel Nachdruck verleihen kann, also jene Superiorität, die das charakteristische Merkmal der Gewalt bildet (§. 217 b. G. B.), sondern es ist ihm auch die Handhabung seiner Gewalt von Staatswegen zur Pflicht gemacht (ebda.). Damit ist die vielfältig bestrittene Einreihung der vormundschaftlichen Gewalt unter die Familienrechte vollkommen gerechtfertigt.[26]) Was aber hier unterscheidend ist, das ist der Umstand, daß der Vormund wenigstens nach moderner Anschauung nicht, wie der Vater, in eigenem Namen, sondern nur als Bestellter des Gerichtes, bezw. des durch dasselbe wirkenden Landesfürsten handelt, weshalb man richtiger von der vormundschaftlichen Gewalt des Staatsoberhauptes sprechen sollte, als dessen Substitut sich der Vormund darstellt, und woraus es sich zugleich erklärt, daß seine Stellung ein „Amt" genannt wird (§. 204 b. G. B.). Daß weder der eine, noch der andere Familienglied ist, steht der Einreihung in die Familienrechte nicht im Wege, da von ihnen wenigstens dem Inhalte nach ein wirkliches Familienrecht ausgeübt wird.

---

24) Die Familienrechte haben also zwei charakteristische Eigenthümlichkeiten gegenüber den anderen Privatrechten: a) die in der Leitungs- und Vollstreckungsbefugniß liegende Superiorität des Berechtigten und b) die von Staatswegen bestehende Verpflichtung, das Familienrecht auszuüben.

25) Brinz Pand. §. 22 will die Familienrechte aus dem Kreise der Privatrechte ganz ausweisen, weil, wo immer in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, der Egoismus des Rechtes und damit das Privatrecht aufhöre. Danach dürfte man aber auch von keinem Waldeigenthumsrecht sprechen, da der Waldeigenthümer verpflichtet ist, gewisse Eigenthumsausübungsacte vorzunehmen. — S. 1151 f. kommt Brinz auf jene Behauptung nicht mehr zurück, hält sie aber (S. 1294 Nr. 2) für die Vormundschaft ausdrücklich aufrecht.

26) Vgl. Savigny I. S. 354, 356, 361. Unger I. S. 216. Sintenis I. (1. Aufl.) S. 60 f. 70 f. — Puchta verweist diese Materie in das Obligationenrecht. — Schuster (Ztschr. f. österr. R. G. 1828 I. S. 135 f.) nennt die Vormundschaft ein politisches öffentliches Amt. Bruns in Holtzendorff's Encykl. I. S. 359 weist ihr neben dem Familienrecht eine besondere Stellung an.

Digitized by Google

§. 28. Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf die übrigen Personenrechte.

Die Familienrechte (§. 27) bilden nach einer altherkömmlichen Eintheilung einen Zweig der sog. Personenrechte (jura personarum, jura status)[1]), welche in absolute und relative eingetheilt zu werden pflegen[2]); unter den letzteren versteht man eben die Familienrechte, unter ersteren hingegen die aus gewissen „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen" einer Person (§. 15 b. G. B.) wie: aus dem Charakter der Persönlichkeit, der Handlungsunfähigkeit, der Abwesenheit, der juristischen Persönlichkeit, der Staatsbürgerschaft und dem Religionsverhältnisse hervorgehenden Berechtigungen (M. R. der §§. 16, 21, 24, 26, 28, 39). Die Frage, ob es solche absolute Personenrechte überhaupt gebe und ob sie zu den subjectiven Privatrechten zu zählen seien, ist in der neueren Zeit, namentlich durch den Antagonismus der historischen Schule[3]) controvers geworden. Sie soll im Nachstehenden untersucht werden.

Aus dem Zustande der Handlungsunfähigkeit entsteht für den Handlungsunfähigen ein Anspruch gegen die Staatsverwaltung auf eine besondere Obsorge in Betreff seiner Person und seines Vermögens, die sich in der Schaffung einer zweckmäßigen Vertretung und der Beaufsichtigung der vom Vertreter zu besorgenden Vermögensverwaltung zu äußern hat („besonderer Schutz der Gesetze" §. 21). Ein ähnlicher Anspruch, der sich aber nach Verschiedenheit der Fälle verschieden gestaltet, entsteht aus dem Charakter der juristischen Persönlichkeit („besondere Vorsorge der öffentlichen Verwaltung" §. 27), und ein Anspruch auf Bestellung einer zweckmäßigen Vertretung kann auch aus der Abwesenheit hervorgehen (§§. 276—278 b. G. B.). Die Staatsbürgerschaft gewährt gegenüber der Staatsleitung den Anspruch auf unbedingten Schutz gekränkter Rechte und insbesondere auf den consularen und diplomatischen Schutz im Auslande, während ein bestimmtes Religionsbekenntniß wohl unter Umständen Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, niemals aber wirkliche Rechte hervorzubringen vermag. Alle eben aufgezählten Ansprüche lassen sich zwar unter den Begriff des subjectiven Rechtes bringen, sie gehören aber nicht in das Gebiet des Privat-, sondern des öffentlichen Rechtes. Privatrechtlich sind diese „persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse" nur als Zustände bedeutsam, die für die Entstehung von Privatrechten und ihnen entsprechende Verbindlichkeiten relevant sind.[4]) Was ferner die sog. Persönlichkeit anbelangt, so versteht man darunter die Fähigkeit einer Person, Träger von Rechten oder Verbindlichkeiten zu sein, die Rechtsfähigkeit; diese ist wohl die Voraussetzung aller Rechte, nicht aber selbst ein Recht.[5]) Nicht selten aber erklärt man sie für ein Urrecht, nennt sie ein Recht an der eigenen Person[6]), und leitet daraus ab ein Recht des

1) Auch Zustandsrechte genannt. Wächter Württemb. P. R. II. §. 45. Bruns in Holtzendorff's Encykl. S. 268.
2) Unger §. 60.
3) Vgl. Savigny I. S. 336. Unger §. 60. Keller §. 16.
4) Unger §. 60.
5) Unger I. S. 505.
6) So Puchta Pand. §. 22, 46, 114 f., Cursus I. S. 37. Baron Pand. S. 38 spricht von einem Recht an der eigenen Person. Bangerow I. §. 34 von einem

Digitized by Google

Menschen auf Leben und Gesundheit, auf körperliche Integrität,. auf Ehre, Freiheit und Gleichheit[7]) u. s. w. Hierauf ist zu entgegnen: Es ist allerdings richtig, daß das objective Recht die willkürliche Verletzung dieser Güter verbietet und sein Verbot mit rechtlichen Garantien gegen das Zuwiderhandeln umgibt; allein aus dem bloßen Verbote entsteht ebensowenig ein Recht, als aus dem ebenfalls unleugbar bestehenden Verbote zu betrügen ein Recht abgeleitet werden könnte. Ein Recht im subjectiven Sinne ist eine vom objectiven Rechte geschaffene Macht über einen Gegenstand; soll durch die erwähnten Verbote wirklich eine Macht über Leben und körperliche Integrität, über Gesundheit und Ehre geschaffen worden sein? Abgesehen davon, daß dies nur in sinnbildlichem Sinne bejaht werden könnte, während das Recht es mit der nackten Realität und nicht mit Sinnbildern zu thun hat, müßte man unter dieser Macht auch die Freiheit, sein Leben, seine Gesundheit, seine körperliche Integrität nach Belieben zu vernichten, verstehen — Handlungen also, die ebenfalls rechtlich untersagt sind. Eine logisch richtige Construction dieser „Rechte" und somit eines Rechtes der Persönlichkeit oder an seiner eigenen Person in diesem Sinne ist also nicht durchführbar; wohl aber muß Folgendes zugegeben werden.

Nach Abrechnung derjenigen Handlungen, die im Interesse der rechtlichen Ordnung untersagt, und derjenigen, die im gleichen Interesse geboten sind, erübrigt für den Einzelnen noch eine unübersehbare Menge anderer Handlungen, rücksichtlich welcher er rechtlich nicht beschränkt ist, welche er also nach seinem Gutdünken unternehmen oder unterlassen kann. Allein auch dieses rechtliche Unbeschränktsein wäre sehr in Frage gestellt, wenn ihm das objective Recht nicht die Garantie böte, daß er an deren Unternehmung durch Andere nicht gehindert werde; zu diesem Zwecke bedarf es noch eines weiteren wirksamen Verbotes, nämlich: Andere an der Unternehmung der rechtlich nicht untersagten Handlungen zu hindern. Hiedurch erlangt wieder der Einzelne eine Macht, die ihm ohnedies nicht zustünde, eine Macht über seine rechtlich zulässigen Handlungen[8]), und in dieser Richtung[9]) eine Macht über sich selbst, welche also ebenfalls ein Recht im subjectiven Sinne ist,

---

Eigenthum seiner selbst, und Windscheid §. 39 sagt (unter Zustimmung von Arndts §. 24 A. 2): „daß es Rechte gibt, welche die eigene Person des Berechtigten zum Gegenstande haben, ist ebenso unzweifelhaft, als es unzweifelhaft ist, daß dieselben einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem nicht bedürfen." Ebenso sprechen von einem Recht der Persönlichkeit Neuner §. 4, Brinz Pand. §. 21. Ihering Jahrb. X. S. 393, welcher letztere dieses Recht ein beziehungsloses nennt.

7) So schon Donellus (bei Savigny I. S. 337); ebenso Ahrens in Holtzendorff's Encykl. I. S. 49 f., Baron, Windscheid, Neuner a. d. aa. OO.

8) Diese Auffassung trifft nicht der Einwurf Savigny's a. a. O., der von ihm gegen die Annahme von Rechten an der eigenen Person erhoben worden ist, daß diese Annahme consequent zur rechtlichen Sanctionirung des Selbstmordes führe; denn unser Recht der persönlichen Freiheit bezieht sich nur auf die rechtlich zulässigen Handlungen. Vgl. auch Bürkel a. a. O. S. 198 Note 1.

9) Nur in dieser Richtung, nicht im Allgemeinen, kann man ein Recht „über sich selbst" zugeben.

Digitized by Google

und welches wir das Recht der persönlichen Freiheit nennen können.[10]) Dieses Recht hat, weil bei weitem die meisten Handlungen des Menschen unter dasselbe fallen, oder, wie man sagt, als dessen Ausübungsacte anzusehen sind, einen Umfang, wie kein anderes subjectives Recht, und da es sich nach den verschiedensten Richtungen äußert, so pflegt man es mitunter in eine Reihe von Rechten minderen Umfanges aufzulösen[11]), welche, weil sie eines speciellen Erwerbsactes nicht bedürfen, sondern dem Menschen schon gewissermaßen mit der Geburt gegeben sind, angeborene Rechte genannt zu werden pflegen. So spricht das b. G. B. von dem angeborenen Rechte Jedermanns, neue Rechte zu erwerben (§. 18) und sie gerichtlich zu verfolgen (§. 19), von dem angeborenen Rechte, herrenlose Sachen zu occupiren (§. 381) und von dem Rechte über seine Handlungen überhaupt, woferne sie nicht Verletzungen fremder Rechte sind (§. 1459 a. A., 317 a. A.). Diese Zertrümmerung des Einen Rechtes in mehrere ist jedoch ebenso unjuristisch, als ob man anstatt von einem Eigenthumsrechte an seinen Sachen, von einem Bewohnungsrechte seines Hauses, von einem Bebauungsrechte seiner Felder, von einem Abnützungsrechte seiner Kleidungsstücke, von einem Gebrauchsrechte seiner Hauseinrichtung u. s. f. sprechen wollte[12]); eine vollständige Aufzählung solcher Rechte wäre vergebene Mühe, wie es ja auch der erwähnten Doctrin niemals gelang, mit den vermeintlichen angeborenen Rechten vollkommen fertig zu werden. Darum berief man sich diesfalls einfach auf die Vernunft, welche sie im einzelnen Falle aufzufinden wissen werde, und so macht es auch das auf dem Standpunkt dieser Doctrin stehende b. G. B. (§. 16 a. A.). Das Recht der persönlichen Freiheit unterscheidet sich aber von anderen Rechten wesentlich dadurch, daß es nur eine negative Definition zuläßt, indem es als die rechtliche Macht zur Unternehmung oder Unterlassung aller durch das objective Recht nicht als unzulässig erklärten Handlungen, insoweit diese nicht bereits Ausflüsse anderer specieller Rechte sind, definirt werden muß, — während der Inhalt aller übrigen Rechte in positiver Form gegeben werden kann. Eine ähnliche negative Definition versucht auch das G. B., indem es im §. 317 von der „angeborenen Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden" spricht, — eine Definition, die, auf der früheren naturrechtlichen Anschauung von der in die verschiedenen

10) Insoweit man unter dem Rechte „an der eigenen Person" oder dem „Rechte der Persönlichkeit" auch das eben angeführte Recht der persönlichen Freiheit versteht, können die (Note 6) angeführten Schriftsteller als consentirend bezeichnet werden. Bruns in Holtzendorff's Encykl. S. 268 nennt das Recht der Persönlichkeit geradezu das „Recht auf die allgemeine freie Thätigkeit des Menschen" und verwirft S. 269 die Anschauung, es seien die Zustandsrechte „Rechte des Menschen über sich selbst". Weitere Literatur bei Unger §. 58 Note 26, 27.

11) Nur in diesem Sinne ist es zu nehmen, wenn Brinz Pand. S. 49 von dem Privatrecht, auf dem campus Martius Ball zu spielen, Arndts §. 24 A. 2. von dem Recht, zu schlafen, zu arbeiten und spazieren zu gehen, sprechen. Auch das sog. allgemeine Dispositionsrecht d. i. das Recht zur Eingehung von Rechtsgeschäften, von dem man häufig spricht, gehört hieher.

12) Bruns S. 269. Nur diese Auffassung, nicht unser Recht der persönlichen Freiheit, treffen die Einwürfe Unger's §. 58, 60.

Digitized by Google

Rechtssphären der einzelnen Individuen vertheilten Rechtsmaterie beruhend,[13]) darum zu verwerfen ist, weil nicht jede rechtlich verworfene Handlung zugleich eine Verletzung eines fremden Rechtes ist.[14])

Das Recht der persönlichen Freiheit ist ein Recht zur Vornahme aller vom objectiven Rechte nicht speciell verbotenen Handlungen (aller rechtlich zulässigen Handlungen); es ergibt sich daraus der wichtige Satz, daß erlaubt alles dasjenige ist, was nicht speciell untersagt ist, und daß es also nicht einer speciellen Autorisation des Gesetzes bedarf, damit eine Handlung als zulässig gelte.[15])

Das Recht der persönlichen Freiheit, dessen Existenz hiemit erwiesen ist, muß unbedenklich als ein Privatrecht angesehen werden, da der Zweck, um dessenwillen es vom objectiven Rechte geschaffen wurde, zunächst sicherlich der ist, die damit gewonnene Freiheit im eigenen Interesse des Individuums, zur Verfolgung der eigenen autonomen Zwecke zu benutzen, der Zweck also zunächst ein von dem Einzelnen zu realisirender ist. Demungeachtet bieten sich für die Betrachtung dieses Rechtes auf dem Boden des Privatrechtes nur wenig Anhaltspunkte dar. Die Aufgabe des Privatrechtes ist nämlich, nebst dem Inhalt der einzelnen Rechte deren Entstehung, Uebertragung, Belastung, Modification, Erlöschung und Schutz zu normiren. Demgemäß ist von dem Recht der persönlichen Freiheit hier nur Folgendes zu sagen: Was den Inhalt desselben anbelangt, so ist er schon im Obigen gegeben; er ist regelmäßig bei Jedermann gleich, da die Begrenzung durch das objective Recht geschieht und dieses im Zweifel für Jedermann gilt. Ausnahmsweise kann aber Einzelnen die Berechtigung zur Unternehmung von Handlungen versagt sein, die sonst in diesem Rechte liegen, wie z. B. den Bergbeamten die Befugniß zur Erwerbung von Bergwerkeigenthum in ihrem Bezirke (§. 8 Berggef.), den Ordensgeistlichen die Befugniß zu testiren (§. 574 b. G. B.) und Vermögen zu erwerben (§§. 538, 539 b. G. B.), einem Hauseigenthümer die Befugniß, sein Haus zu erhöhen (§. 476 ebda.) oder sonst Jemanden, eine erlaubte Handlung zu unternehmen (§. 1459) u. s. w.[16]) Solche Beschränkungen werden durch specielle Thatsachen herbeigeführt, welche in Streitfällen immer von Jenem erwiesen werden müssen, der sie behauptet; diesen Gedanken drückt das G. B. im §. 17, nicht ganz passend dahin aus, daß „was den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist,

13) Eine interessante Wirkung dieser Anschauung findet sich im §. 861 b. G. B., wo das Versprechen, einem Anderen etwas zu geben, zu thun, zu dulden oder zu unterlassen, als Rechtsübertragung aufgefaßt wird.

14) Man denke z. B. an Betrug, Aufnahme eines Dienstboten ohne Zeugniß, unterlassene Aufstellung von Warnungszeichen bei einem Baue, Unterschrift einer Urkunde als Zeuge ohne directe Aufforderung des Ausstellers und eine zahllose Menge anderer ähnlicher Handlungen, die rechtlich verboten sind, ohne zugleich Verletzungen eines speciellen Rechtes zu sein.

15) Ein Satz, wichtig für die Lehre von der Unmöglichkeit und Unzulässigkeit der Rechtsgeschäfte und für die Lehre von den Delicten; auch läßt sich für die Lehre von den privatrechtlichen Monopolen daraus manche fruchtbare Consequenz ziehen.

16) Zu diesen Beschränkungen gehören auch jene aus der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft.

Digitized by Google

so lange als bestehend angenommen wird, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird". — Die Entstehung dieses Rechtes fällt mit der beginnenden selbständigen Existenz des Menschen zusammen, und insoweit kann es also wirklich als ein angeborenes angesehen werden, — eine Wahrheit, die dadurch nicht aufgehoben wird, daß man erst mit den sich entwickelnden körperlichen und geistigen Kräften davon Besitz ergreifen kann, und sich lange Zeit die Leitung durch Eltern und Erzieher gefallen lassen muß. — Eine Uebertragung[17]), Belastung oder Modification dieses Rechtes gibt es nicht; dagegen ist wohl eine Beschränkung durch die oben angedeuteten Thatsachen und eine vollständige Erlöschung mit Hinsicht auf das bei uns bestehende Verbot der Sclaverei und Leibeigenschaft (§. 16) nur durch den Tod möglich. Der Schutz dieses Rechtes fällt wegen der auch das öffentliche Interesse tief verletzenden Eingriffe in dasselbe den Straf- und Polizeibehörden und nur insoweit auch dem Civilrichter anheim, als es sich um Ersatzansprüche gegen den Contravenienten handelt; daher die auffallende Erscheinung, daß dieses so wichtige Privatrecht seine ausführlichere Darstellung nicht in einem Privatrechtssystem, sondern im öffentlichen Rechte, insbesondere im Strafrechte findet.

§. 29. Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf das subjective Erbrecht.

Obwohl unseres Wissens noch kein Schriftsteller es gewagt hat, dem subjectiven Erbrecht[1]) den Charakter eines wahren Rechtes zu bestreiten, so fällt doch auf, daß eine Einigkeit der Ansichten über das Wesen des Erbrechtes nicht erzielt worden ist, ja daß sich bei einem und demselben Schriftsteller die divergirendsten Definitionen desselben vorfinden[2]), und daß Manche in einer Art von Resignation darauf verzichten, eine Begriffsbestimmung und Einreihung dieses Rechtes unter die übrigen zu geben[3]). Um nur ein schwaches Spiegelbild von der Zerfahrenheit der Doctrin in dieser Materie zu geben, erwähnen wir, daß das subjective Erbrecht bald als das Recht der Gesammtnachfolgeschaft in das Erbvermögen (jus successionis)[4]) oder kurzweg als das Recht, Erbe zu sein[5]), bald als vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers, oder, wie Andere sagen, als Stellvertretung des bisherigen Vermögenssubjectes im Erbvermögen[6]), bald als das Recht an

17) Das b. G. B., welches in der oben gerügten Manier nur von Rechten an seinen eigenen Handlungen spricht, nimmt auch eine Uebertragbarkeit dieser Rechte an und construirt so die Entstehung der Schuldverträge. §. 861 b. G. B. (oben Note 13).

1) Im objectiven Sinne bezeichnet „Erbrecht" die Gesammtheit der Rechtsregeln, nach welchen das Vermögen eines Verstorbenen behandelt werden soll, im subjectiven das Recht des Erben als solchen.

2) Z. B. Windscheid §. 137 Note 6, §. 536 Note 3, §. 605 Note 12, 13. Vgl. auch Arndts §. 22.

3) So z. B. Bruns in Holtzendorff's Encykl. S. 269, Serafini istituzioni u. A., welche bei der Aufzählung der subjectiven Rechte das Erbrecht mit Stillschweigen übergehen.

4) Unger Erbrecht §. 2, Kirchstetter Comm. S. 258, Brinz Pand. S. 655.

5) Unger a. a. O.

6) Unger Syst. I. S. 218, 534 (anders Erbrecht §. 2 Anm. 7). Arndts

Digitized by Google

dem Nachlaß als einem von der Summe seiner Theile verschiedenen Ganzen[7]), bald wieder als das Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblassers[8]), bald als das Recht an seiner Vermögensfähigkeit als einem ideellen Vermögen[9]), bald als die Berechtigung, eine Erbschaft erst zu erwerben[10]) u. s. w. aufgefaßt wird. In nothwendiger Consequenz dieser Verschiedenheit der Ansichten wird das Erbrecht bald den Personen-[11]), bald den Vermögensrechten angereiht, in letzterem Falle bald als dingliches Recht[12]), bald als bloß successives Vermögensrecht bezeichnet.[13])

Gegen die Begriffsbestimmung des Erbrechts als Befugniß, die Erbschaft erst zu erwerben (sie in Besitz zu nehmen), ist zu bemerken, daß sonach das Erbrecht mit dieser Erwerbung aufhören müßte, während es doch umgekehrt damit erst an Kraft gewinnt, wie denn auch die herrschende Doctrin unter dem Erbrecht das Recht des Erbe Gewordenen versteht[14]); auch wird mit der gerügten Begriffsbestimmung nicht das Wesen, sondern nur die Consequenz des von dem Erben erworbenen Erbrechtes zum Ausdruck gebracht, ähnlich wie die Berechtigung des Eigenthümers, seine Sache in Besitz zu nehmen, nicht das Wesen des Eigenthumsrechtes bildet.[15]) Nicht glücklicher ist der Gedanke, das Erbrecht anderen Vermögensrechten dadurch anzureihen, daß man es als das Recht „an dem Vermögen des Verstorbenen als Gesammtheit" auffaßt; denn dieses Vermögen ist eben der Inbegriff der auf den Erben übergegangenen Rechte und Schulden, also mit demselben identisch, und kann sonach nicht als Rechtsobject aufgefaßt werden.[16]) Diese Anschauung mußte nothwendig zu der verfehlten Lehre führen, es sei das Erbrecht ein dingliches Recht, — was sich bei dem Umstande, als das Erbvermögen auch aus Forderungen, ja zuweilen nur aus Forderungen, möglicherweise sogar nur aus Schulden besteht, gar sonderbar ausnimmt.[17]) Die Bezeichnung des Erbrechtes als successives Vermögensrecht ferner trifft nicht das Wesen, sondern nur die zum Wesen gehörige subjective Beziehung dieses vermeintlichen Vermögensrechtes. Der gleiche Vorwurf kann auch jener Erklärung des Erbrechtes nicht erspart werden, welche dasselbe als das Recht der Gesammtnachfolge bezeichnet; übrigens ist sie, sowie die Bezeichnung des Erbrechtes als das Recht Erbe zu sein, eine rein tautologische Erklärung,

§. 22, 464, Anm. 1. Windscheid §. 137 Note 6.

7) Savigny I. S. 385, Puchta Vorl. §. 446, Arndts §. 22, Windscheid §. 137 Note 6, Baron Pand. S. 38 f., Scheurl Instit. §. 183, Ihering Jahrb. X. S. 393, Neuner S. 56.

8) Puchta im Rhein. Mus. III. S. 302 f. Pand. §. 46, 446.

9) Neuner S. 90 f.

10) Köppen Erbschaft S. 91 f., Brinz S. 655, 658; zum Theil selbst Windscheid §. 536. Die gleiche Auffassung auch im b. G. B. §. 532.

11) Wächter II. S. 301 Note 27; dazu Unger I. S. 536 Note 98.

12) So nicht nur von älteren Schriftstellern und vom b. G. B. §. 308 (vgl. Unger I. S. 524), sondern auch mitunter von neueren, z. B. Neuner S. 56 f., Windscheid §. 137 Note 6 (vgl. jedoch §. 605 Note 13, wo jene Ansicht ziemlich unverholen zurückgenommen wird).

13) Savigny I. S. 380 f.

14) Windscheid §. 605 Note 12.

15) Unger I. S. 535.

16) Vgl. Unger Erbrecht §. 2 Anm. 14. Brinz Pand. §. 151, 156.

17) Vgl. Unger I. S. 536 f.

Digitized by Google

nicht aber eine Definition. Näher der Wahrheit steht die Auffassung des Erbrechtes als vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers oder Stellvertretung des bisherigen Vermögenssubjectes; nur muß man es nicht übersehen, wie doch so oft geschieht, daß der Ausdruck „Stellvertretung" eine mehrfache Bedeutung hat, und daß man also hier nicht an eine Stellvertretung, bei welcher der Vertretene als das eigentliche Subject der vom Vertreter ausgeübten Rechte angesehen wird, sondern an jene Stellvertretung zu denken hat, welche eine juristische Identität der Personen bezeichnet. Das Erbrecht im subjectiven Sinne ist in Wirklichkeit die Gesammtheit der Bedingungen, die in einer Person vorhanden sein müssen, damit sie in vermögensrechtlicher Beziehung die Stelle eines Verstorbenen einnehme, damit sie dessen Erbe sei — also die sogenannte Erbenqualität, und dies will wohl auch Unger sagen, wenn er erklärt, das Erbrecht sei das Recht, Erbe zu sein. Allein so wenig es ein Recht ist, mündig oder großjährig, Vater, Gatte oder Kind zu sein, ebensowenig ist das Erbesein ein Recht, sondern es ist dies lediglich eine juristisch relevante Eigenschaft, ein rechtlich wichtiger Zustand der Person, welcher es bewirkt, daß eine Reihe der bei dem Verstorbenen bestandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf denjenigen übertragen wird, der sich in diesem Zustande befindet. Durch das Erbrecht wird die Summe der vorhandenen Rechte nicht etwa noch um Eines (um das Erbrecht) vermehrt, sondern nur der Untergang der bereits vorhandenen verhütet; das subjective Erbrecht bildet nur die Basis, die Brücke, auf welcher vorhandene Rechte und Verbindlichkeiten von einer Person auf die andere übergehen: es wird also hier der Ausdruck „Recht" in einem außergewöhnlichen, untechnischen Sinne gebraucht — indem das objective Recht Regeln gibt über die Entstehung, Erlöschung und Wirkung des subjectiven Erbrechtes, hat es damit nur die Entstehung, Erlöschung und Wirkung der Erbenqualität im Auge, und was man gewöhnlich Verletzung des Erbrechtes einer bestimmten Person nennt, ist in der That nur die unter Ableugnung der Erbenqualität derselben vorgenommene Verletzung der gesammten an sie übergegangenen erblasserischen Rechte, deren Verfolgung mit einer die einzelnen Klagsansprüche vertretenden Gesammtklage (Erbschaftsklage, hereditatis petitio §. 823, 824 b. G. B.) das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen gestattet, ohne daß aus der Existenz dieser besonderen Klage auf ein derselben zu Grunde liegendes besonderes Recht geschlossen werden könnte.

§. 30. Anwendbarkeit des Privatrechtsbegriffs auf den Besitz.

In der neuesten Zeit ist eine Frage, die schon beigelegt schien, die Frage, ob der Besitz ein Recht oder eine Thatsache sei, neuerdings streitig geworden. Besitz ist nämlich die factische Macht einer Person über eine Sache mit dem Willen, sie fortan für sich auszuüben (§. 309 b. G. B.). Da von der Berechtigung zu dieser Ausübung hier gänzlich abstrahirt wird, und der Dieb und Räuber ebensogut Besitzer der unrechtmäßig entzogenen Sache sind wie der Eigenthümer, so liegt es auf der Hand, daß der Besitz kein Recht, sondern nur eine Thatsache ist. So wurde die Sache auch

Digitized by Google

immer aufgefaßt, bis Hahn in einer 1639 erschienenen Dissertation „de jure in re“ die Ansicht durchführte, der Besitz sei ein dingliches Recht. Diese Ansicht ging in die Gesetzbücher insbes. in das österreichische (§. 308) über. Seit Savigny, der schlagend das Gegentheil bewies, wurde die Ansicht herrschend, daß der Besitz nur eine Thatsache, wenn auch eine Thatsache von wichtigen juristischen Folgen sei, und diese Ansicht wird auch von den namhaftesten Civilisten der Gegenwart vertreten.[1]) Der von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern[2]) erhobene Widerspruch blieb ziemlich unbeachtet, bis in der neuesten Zeit wieder eine gewichtige Stimme, Ihering[3]), für die Ansicht in die Schranken trat, daß der Besitz ein wirkliches Recht sei. Diese Ansicht ist eine natürliche Consequenz seiner oben (S. 196) besprochenen Begriffsbestimmung des subjectiven Rechtes, worunter er jedes rechtlich geschützte Interesse versteht; da auch der Besitz ein solches sei, so könne an dessen Subsumirbarkeit unter den Begriff des subj. Rechtes nicht gezweifelt werden. Auf Grund dieser Anschauung sucht Ihering auch in seiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes die Ansicht durchzuführen, der Besitz sei präsumtives Eigenthum und der Grund des Besitzesschutzes eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung. Der Meinungsstreit, der dadurch neuerdings angefacht wurde, läßt sich am besten dadurch charakterisiren, daß einerseits Stölzel[4]) sagt: „Ob der Besitz ein Recht sei oder ein bloßes Factum, diese für die Zeit nach Einführung der Besitzklagen höchst sonderbare und kaum begreifliche Frage haben sich bei Einführung und Bildung der Besitzklagen auch die Römer vorgelegt . . . Recht ist rechtlich geschütztes Interesse; wo der Rechtsschutz fehlt, fehlt auch das Recht, und sobald der Rechtsschutz gegeben ist, existirt das Recht“, — während andererseits Büchel[5]) mit aller Macht für die Ansicht, daß der Besitz nur ein Factum ist, in die Schranken tritt und den über diese elementare Frage in einer Zeit, welche theilweise geringschätzig auf die alten Rechtsmeister, die römischen Juristen, herabzusehen pflegt, geführten Streit einen „niederschlagenden“ und geradezu „beschämenden“ nennt.

Der Fehlschluß, dessen sich Ihering und seine Anhänger schuldig machen, liegt in der Abhängigmachung des Rechtes vom Rechtsschutz, wonach Recht im subjectiven Sinne nur dasjenige, aber auch alles dasjenige wäre, was rechtlich geschützt wird. Darnach müßte es um das Recht des Einzelnen gegen den Staat, oder das Recht des schwächeren Staates gegen den stärkeren schlecht bestellt sein, da hier nicht von einem eigentlichen Schutze die Rede sein kann, und die naturales obligationes müßten geradezu

1) Z. B. Arndts Pand. §. 129. Windscheid Pand. §. 150, Brinz Pand. §. 26, Baron Pand. §. 112, Bruns R. d. Bes. §. 12, Neuner Wesen und Arten S. 135, Randa Besitz §. 3, Unger Syst. I. S. 524, Stubenrauch I. S. 629 u. s. w.

2) Z. B. Duroi, Hugo, Welcker, Thaden, Hasse d. J., Buchka, Fritz, Mühlenbruch, Puchta.

3) Geist III. S. 39 f.

4) Zur Lehre vom interd. quod vi aut clam in den Dogmat. Jahrb. VIII. S. 144 f.

5) Ueber die Natur des Besitzes (1868).

Digitized by Google

aus der Reihe der Rechte gestrichen werden. Umgekehrt müßte die Paternität ein Recht sein, da sie durch eine Präjudicialklage geschützt ist, während sie in Wirklichkeit nur ein juristisch wichtiger Zustand ist. Der Grund des Besitzesschutzes ist nicht darin zu erblicken, daß der Besitz ein Recht ist, sondern er liegt darin, daß dieser Schutz eine nothwendige Ergänzung der processualischen Regel ist: actore non probante reus absolvitur. Gäbe es keinen Besitzesschutz, so könnte diese Regel, welche die Aufrechthaltung des Bestehenden bis zur definitiven Entscheidung des Rechtsstreites bezweckt, einfach dadurch umgangen werden, daß man sich eigenmächtig in den Genuß des Angesprochenen versetzte und dadurch dem Gegentheil die Klägerrolle und damit zugleich die entscheidende Beweislast aufnöthigte. Das Recht mußte also darauf bedacht sein, das Bestehende gegen derlei eigenmächtige Aenderungen zu schützen und es that dies in der Form des Besitzesschutzes. Dieser ist also lediglich ein einstweiliger Schutz des Bestehenden, ohne Rücksicht darauf, ob es auch Recht ist oder nicht, und in diesem Absehen vom Recht liegt der schlagendste Beweis, daß der Besitz selbst kein Recht ist. Darum wird dieser richterliche Schutz civilistisch ein possessorischer genannt, und demselben der petitorische oder der Rechtsschutz entgegengesetzt, um damit zu betonen, daß der Besitzesschutz kein Rechtsschutz und sonach der Besitz kein Recht ist. Unter einem Recht versteht selbst der gemeine Mann etwas mit dem Rechtsgesetze in Uebereinstimmung Stehendes; soll auch der Besitz des Diebes und Räubers diese Eigenschaft haben, obwohl das Strafgesetz auf dessen Beseitigung hinarbeitet und das Civilrecht dem Verletzten einen Anspruch auf Rückstellung gewährt? Allerdings muß zugegeben werden, daß das objective Recht durch das Verbot, den Besitz eigenmächtig zu stören, die in demselben liegende Macht (provisorisch) zu einer rechtlichen erweitert hat; allein da der Grund dieses Verbotes lediglich in dem Bestreben, das Bestehende bis zur richterlichen Entscheidung aufrecht zu halten, liegt, so kann in dieser Potenzirung der factischen Macht zu einer rechtlichen nicht die Erhebung des Besitzes zum Recht erblickt werden. Darum definirten wir auch das subjective Recht als eine vom objectiven Rechte nicht nur geschaffene, sondern auch endgiltig anerkannte Macht über einen Gegenstand.

§. 34. Inwiefern sind Rechte Objecte dinglicher Rechte?

I. Aus §. 33 a. E. ergibt sich von selbst, daß Vermögensrechte ebenso wie Sachen, ohne daß das Verfügungsrecht über dieselben aufgegeben würde, Anderen unterthänig gemacht und damit in Rechtsobjecte umgewandelt werden können, sowie daß dingliche Rechte nicht nothwendig eine körperliche Sache, sondern auch ein Recht, ein persönliches oder dingliches, zum Gegenstand haben können, ohne darum den Charakter der Dinglichkeit zu verlieren. Denn nicht Körperlichkeit des Objectes, sondern nur eine derartige Haftung an dem bestimmten Object, wonach sich der Berechtigte selbsthandelnd, nicht durch die Handlung eines Verpflichteten, den in dem Rechte liegenden Genuß verschafft, bildet das Wesen des dinglichen Rechtes. Daß das Recht, welches das Object eines dinglichen Rechtes bildet, selbst ein per-

Digitized by Google

sönliches ist, steht der Dinglichkeit des ersteren nicht entgegen; denn auch das persönliche Recht ist ein Ding, woran sich ein Dritter selbsthandelnd den seinem Rechte entsprechenden Genuß verschaffen kann.

II. Allein das eben Bemerkte berechtigt noch nicht zu dem Schluß, es sei auch bei Servituten und anderen Belastungsrechten die Redeweise: man sei Fruchtnießer des Hauses, man habe eine Wegeservitut an dem Grundstücke, nur eine abgekürzte, die voll ausgedrückt eigentlich lauten müßte: man sei Fruchtnießer des Eigenthums des Hauses, man habe eine Servitut an dem Eigenthum des Grundstückes, mit anderen Worten: wir sind nicht berechtigt zu dem Schlusse, es seien bei Belastungsrechten überhaupt nur Rechte und nicht Sachen die eigentlichen Objecte. Zwar hat der eben erwähnte Gedanke Manches für sich; vor Allem die Verwandtschaft der jura in re unter einander, die dann von einem einheitlichen Standpunkte aus zu beurtheilen wären; auch spricht dafür die von diesem Gesichtspunkt aus leichtere Lösung mancher bisher schwierigen Probleme, namentlich der Frage, wie es kommt, daß das Eigenthumsrecht als totale Macht über eine körperliche Sache neben einem an der gleichen Sache haftenden jus in re eines Anderen doch als totale Macht aufrecht bleiben kann. Die servitus altius non tollendi wäre dann eine Macht des Servitutsberechtigten über die Macht des Eigenthümers, vermöge deren letztere zwar aufrecht verbliebe, sich aber in der Richtung der Erhöhung des bestimmten Gebäudes nicht äußern dürfte; die servitus viae wäre eine Macht, welche die Entwickelung der ihr unterworfenen Eigenthumsmacht nach der Richtung des Ausschließens Fremder von der Betretung des Grundstückes hemmen würde u. s. w. Dennoch ist die Sache selbst als Object des jus in re angesehen worden. Der Servitutsberechtigte erlangt nicht, wie der Pfandgläubiger, die Befugniß über das fremde Eigenthumsrecht zu verfügen; selbst mit der ausgedehntesten Servitut, mit dem Nießbrauch, ist wesentlich die Verpflichtung verbunden, die Substanz der Sache zu schonen (§. 509 b. G. B.), und somit das Eigenthumsrecht seinem Umfange nach unangetastet zu lassen; nur auf gewisse Ausübungsarten des Eigenthums nimmt sie Einfluß. Es läßt sich auch die Entstehung einer Servitut an herrenlosen Grundstücken denken, z. B. Wegerecht, Wasserbenutzungsrecht, — ein Beweis, daß die Servitut fremdes Eigenthum nicht zur wesentlichen Voraussetzung hat, während die Verpfändung eines herrenlosen Grundstückes geradezu undenkbar wäre. Auf die gleiche Schlußfolgerung führt die Analogie des Fruchtgenusses an Forderungen. Während bei Verpfändung der Forderung kein Zweifel darüber bestehen kann, daß sie selbst das Pfandobject bildet und daß der Pfandgläubiger dadurch ein dingliches Recht erlangt, indem er nicht in ein directes Rechtsverhältniß zum Schuldner tritt, ist dies bei dem Fruchtgenuß eines Capitals, einer Reallast u. s. w. wesentlich anders. Der Fruchtnießer gilt als Cessionar der neben dem Capitale bestehenden Zinsenforderung oder der während seiner Lebensdauer fällig werdenden Reallastbezüge, und erlangt also wie jeder Cessionar nur ein persönliches Recht; das Object seines Rechtes ist nicht ein fremdes Recht, sondern, wie bei jeder Forderung die bestimmte Handlung des Schuldners, also das Object des fremden Rechtes; es muß also auch

Digitized by Google

bei dem Fruchtgenuß oder einer sonstigen Servitut an einer fremden Sache diese, das Object des fremden Rechtes, als Object der Servitut angesehen werden.

Die Beweisführung für Servituten ist gleichmäßig auf die übrigen Belastungsrechte mit Ausnahme des Pfandrechtes anwendbar, da sie im Wesentlichen nur potenzirte Nießbrauchsrechte sind.

III. Die ältere Schule und mit ihr das preußische und österreichische Gesetzbuch (§. 353) sprechen auch von einem Eigenthumsrecht an Rechten, und insbesondere werden auch, entsprechend der vulgären Ausdrucksweise, Schuldforderungen als Gegenstand des Eigenthumsrechtes bezeichnet. (§§. 427, 1424). Daß diese von so bedeutenden gesetzgeberischen Autoritäten getragene Idee Manches für sich haben müsse, braucht nicht erst erinnert zu werden. Denn ist man schon genöthigt, das Pfandrecht an einer Forderung als ein dingliches Recht anzuerkennen, so scheint wohl die unmittelbare Zuständigkeit einer Forderung nicht minder die Dinglichkeit dieses Rechtes zu begründen, und dann könnte dieses dingliche Recht kaum unter ein anderes Institut als das Eigenthumsrecht subsumirt werden. Dazu kommt, daß die Forderung in mancher Beziehung wie ein Eigenthumsrecht behandelt wird. Wird z. B. eine bücherlich eingetragene Forderung widerrechtlich auf einen Anderen z. B. einen Pseudolegatar umgeschrieben, so hat der wahre Gläubiger gegen den Pseudogläubiger eine sog. Löschungsklage (§§. 61, 62 Gb. G.), welche von der Doctrin als eine Species der Eigenthumsklage betrachtet wird. Ebenso hat, wenn über einen Commissionär der Concurs eröffnet wird, der Committent gegenüber der Concursmasse den Anspruch auf Ausscheidung, also gewissermaßen auf Herausgabe der vom Cridatar in Vollziehung des Commissionsgeschäftes Dritten z. B. den Waarenkäufern gegenüber begründeten Forderungen (art. 368 H. G. B.) — also eine Art rei vindicatio — ähnlich wie derjenige, dessen Sache irrthümlich in die fremde Concursmasse einbezogen worden ist, gegen diese den Anspruch auf unbedingte Herausgabe derselben hat (§. 26 C. O.). Demungeachtet muß die Idee des Eigenthums an Rechten, insbesondere an Forderungen als eine logische Unmöglichkeit verworfen werden. Eigenthum an seinen eigenen Rechten wäre Macht über seine eigene Macht, — was absurd ist. Mit dem Ausdrucke: „Eigenthümer eines Rechtes" will die vulgäre Sprachweise, welcher hier auch die Gesetzbücher nachgegeben haben, nur der Stellung Ausdruck geben, welche Jemand einem bestimmten Rechte gegenüber einnimmt. Er kann nämlich Subject oder Pfandgläubiger oder Fruchtnießer u. s. w. eines bestimmten Rechtes sein, und da die ersterwähnte Stellung, wenn das Recht ein Eigenthumsrecht ist, mit dem Worte „Eigenthümer" bezeichnet wird, so liegt für den in den technischen Ausdrücken nicht Bewanderten die Versuchung wohl nahe, diese Stellung auch dann so zu bezeichnen, wenn das Object des betreffenden Rechtes nicht eine körperliche Sache ist. Die vulgäre Sprachweise redet eben von „Eigenthümer", wo der Ausdruck „Subject" am Platze wäre. Aber auch abgesehen von der Unmöglichkeit eines Eigenthumsrechtes an den eigenen Rechten ist die Idee auch praktisch verwerflich. Das Eigenthumsrecht ist ein dingliches, an sich

Digitized by Google

beziehungsloses Recht; wie bei anderen dinglichen Rechten verschafft sich auch hier der Berechtigte selbsthandelnd den dem Inhalt seines Rechtes entsprechenden Genuß. Dies verleitet dann leicht zu der Idee der Dinglichkeit des sog. Eigenthums an Forderungen, und sofort zu dem ganz irrigen Satze, daß es, wie jedes dingliche Recht auch gegen Dritte wirksam sei, während doch thatsächlich das Subject der Forderung (der Gläubiger) nur zu seinem Schuldner in Beziehung steht, und daher keinen Anspruch gegen den Dritten hat, der durch irgend ein Rechtsgeschäft mit dem Schuldner die Erfüllung seiner Schuld vereitelt hat (vgl. §§. 430, 1120) — ferner zu dem irrigen Satze, daß Forderungen, wie das Eigenthum Gegenstand des Besitzes und der Ersitzung seien, daß sie durch Tradition erworben werden müssen u. s. w. Was die Zulässigkeit der Löschungsklage wegen anmaßlicher Intabulation eines Pfandgläubigers anbelangt, so ist diese Klage eine Species der Negatorienklage; mit dieser wird aber bekanntlich nicht nur das Eigenthumsrecht, sondern es werden damit auch andere Rechte verfolgt. Von diesem Gesichtspunkte aus ist aber auch die obenerwähnte Klage des Committenten gegen die Concursmasse des Commissionärs auf Ausscheidung seiner Forderung zu beurtheilen.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß sich dingliche Rechte als von fremder Thätigkeit unabhängige Machtverhältnisse an einer Sache oder an einem Rechte darstellen, daß also vermöge derselben Niemand zu einem bestimmten Thun, wohl aber Jedermann zu einem Unterlassen, nämlich der Beeinträchtigung der im dinglichen Rechte liegenden Macht oder Herrschaft verpflichtet ist.

§. 35. Sind Reallasten dingliche Rechte?

Aus dem Wesen der dinglichen Rechte wird sich auch die noch immer nicht ausgetragene Streitfrage entscheiden lassen, ob Reallasten den dinglichen Rechten oder den Forderungen angehören. Man versteht unter Reallast im technischen Sinne eine auf einem Grundstücke haftende privatrechtliche Verbindlichkeit zu einem regelmäßig wiederkehrenden Thun. Solche Reallasten producirte namentlich sehr zahlreich das Mittelalter mit seiner Vogtei und Grundherrlichkeit und mit dem Zehentanspruch der Kirche; bis vor Kurzem bildeten die aus diesen Verhältnissen hervorgegangenen, an die Grundherrschaft oder die Kirche zu entrichtenden Abgaben an Geld oder Naturalien, ferner die sog. Frohnden ein Rechtsinstitut von gleich großer theoretischer wie praktischer Wichtigkeit. Durch die Grundentlastungsgesetze wurden sie zwar großentheils beseitigt, und auch für die Zukunft die Belastung von Grundstücken mit derlei unablösbaren Lasten für unzulässig erklärt; doch blieben die nicht aus dem grundherrlichen oder Zehentverband hervorgegangenen Reallasten, namentlich die durch Stiftungen entstandenen und durch Verträge und letztwillige Anordnungen begründeten in ihrer Integrität, und können jederzeit neu errichtet werden. Die Untersuchung ihrer rechtlichen Natur bietet also noch immer ein nicht nur theoretisches, sondern auch praktisches Interesse.

Digitized by Google

Die ältere Theorie faßte die Reallasten bald als deutschrechtliche in einem Thun bestehende Servituten auf[1]), bald als durch Grundverpfändung versicherte Forderungsrechte.[2]) Allein ersteres können sie nicht sein, weil der Berechtigte ein bestimmtes Thun fordern kann, wozu ein dingliches Recht niemals berechtigt; daher ist diese Meinung nicht nur in der Theorie längst aufgegeben, sondern auch von der Gesetzgebung verworfen (§. 530 b. G. B.). Ebensowenig kann die zweite Meinung richtig sein; der Eigenthümer der hypothecirten Sache als solcher (d. h. wenn er nicht zugleich Personalschuldner ist), kann nie auf Zahlung, sondern nur auf Gestattung der Befriedigung aus dem Grundstücke geklagt werden (§. 466 b. G. B.), und haftet darum für die Schuld nur mit dem Grundstücke, nicht mit seinem sonstigen Vermögen; der Besitzer des mit der Reallast behafteten Grundstückes ist hingegen, mag er den Besitz wie immer erlangt haben, der alleinige Schuldner der Reallast, und haftet daher für die Zahlung persönlich und mit seinem ganzen Vermögen.

Die neuere Theorie erkennt, daß diese Subsumtionen verfehlt sind; die Ansichten jedoch, die sie selbst aufstellt, bieten ein Bild noch schlimmerer Zerfahrenheit, als die Auffassung der älteren Juristen. Meist wird die Reallast für ein dingliches Recht von ganz eigenthümlicher Natur, ebenso verschieden von der Hypothek wie von den Servituten erklärt, die Construction dieses dinglichen Rechtes aber auf die verschiedenste Art versucht; bald soll es eine passive Pertinenz des belasteten Grundstückes[3]), bald eine aus der Theilung des Inhalts der Gewere am Grundstücke sich ergebende dingliche Berechtigung[4]), bald eine Verpflichtung des als Subject gedachten Grundstückes[5]) sein u. s. w. Hieher gehört auch die neueste Aufstellung von Mann[6]), der die Reallasten als bedingte Genußrechte am Grundstücke ansieht, bedingt dadurch, daß sie erst dann, wenn der Besitzer nicht freiwillig leistet, dadurch zur Ausübung kommen, daß sich der Berechtigte selbst aus dem Grundstücke befriedigt. Dem gegenüber steht die Ansicht jener Civilisten, welche die Reallast für ein durchweg obligatorisches Verhältniß, aber von eigenthümlicher Natur erklären[7]), und endlich ist zu erwähnen die Mittelmeinung derjenigen[8]), welche die Reallast im Ganzen für ein dingliches, den Anspruch auf die einzelnen fälligen Leistungen für ein Forderungsrecht erklären.

Als Argument gegen die Subsumtion der Reallast unter die dinglichen Rechte genügt der oben durchgeführte Satz, daß das dingliche Recht als solches niemals Jemanden zu einem positiven Thun verpflichtet, indem sich

---

1) So Heineccius, Titius, Gerhard, der cod. Max. bav. II. 7 §. 2; vgl. auch die österr. Hofd. v. 19. Juli 1792 und 15. Mai 1798, wo die Zehentgerechtigkeit eine Grunddienstbarkeit genannt wird.

2) So Schilter, Carpzow, Unterholzner.

3) So Albrecht, Phillips.

4) So Renaud.

5) So Duncker, Bluntschli.

6) Untersuchungen über den Begriff der Reallasten.

7) Seuffert, Hillebrand, Gerber, Savigny, Randa, Friedlieb, Ortloff u. A.

8) Walter, Unger, Kirchstetter u. A.

Digitized by Google

der dinglich Berechtigte selbsthandelnd den Genuß seines Rechtes verschafft. Bei den Reallasten aber tritt das Gegentheil ein, sie können also nicht dingliche Rechte sein. Hiemit ist aber auch, da es eine dritte Classe von Vermögensrechten (außer den dinglichen Rechten und Forderungen) nicht gibt, die wahre Subsumtion der Reallasten gegeben; sie sind ihrem ganzen Inhalte nach Forderungsrechte. Die erwähnte Verschmelzung beider Gattungen von Rechten zu einem neutralen Dritten, welche einige Juristen versucht haben, um die Reallasten darunter zu bringen, ist eine logische Unmöglichkeit; denn ein Recht, welches begrifflich die Thätigkeit Dritter ausschließt, und ein solches, welches sie wesentlich voraussetzt, sind incompatible Begriffe. Der Grund, der es Vielen so schwer macht, die Reallasten ihrem vollen Inhalt nach als obligatorische Verhältnisse anzusehen, liegt darin, daß sie abweichend von obligatorischen Verhältnissen, nicht dem Erben des früheren Schuldners, sondern ähnlich den Servituten und Hypotheken, dem jedesmaligen Besitzer des belasteten Grundstückes zur Last fallen. Wer darin etwas Abnormes, mit der Natur des Forderungsverhältnisses Unvereinbares findet, übersieht, daß Erbgang und Schuldübernahme nicht die einzigen Successionsarten in die Schuld sind. Es gibt obligatorische Verhältnisse, und an solchen ist besonders das deutsche Recht reich, die entweder activ oder passiv oder auch nach beiden Seiten an einen gewissen fortdauernden Zustand gebunden sind, so daß Jeder, der in diesen Zustand tritt, Gläubiger oder Schuldner in dem Schuldverhältniß wird. Solche Schuldverhältnisse lassen activ oder passiv eine andere Succession (Subjectwechsel) als durch den Eintritt und Austritt in diesen bezw. aus diesem Zustand gar nicht zu; das ist die bei ihnen natürliche Succession. Das gilt nun insbesondere auch für Reallasten. Sie werden auf ein Grundstück „gelegt", d. h. es wird Jedermann, der Besitzer des Grundstückes ist, zum Schuldner erklärt. Durch diese Erklärung wird die Reallast nicht zur Servitut oder zu einem sonstigen dinglichen Recht gestempelt, sondern nur die passive Succession in eigenthümlicher, jedoch vom objectiven Rechte zugelassener Weise geregelt.

§. 36. Sind die Bannrechte dingliche Rechte?

Sehr streitig ist auch die Frage der Einreihung der monopolsartigen Rechte (Regalien, Bannrechte, Jagd- und Fischereirecht u. s. w.). Wir beschäftigen uns vor Allem mit den Bannrechten, weil rücksichtlich ihrer die Constructionsversuche am weitesten gediehen sind, und sich von ihnen ein Rückschluß auf die anderen Rechte dieser Art wird ziehen lassen.

Unter einem Bannrechte versteht man ein Recht, kraft dessen die Einwohner eines gewissen Bezirkes gewisse Bedürfnisse des gemeinen Verbrauches durch Niemand Anderen, als den Bannberechtigten befriedigen lassen dürfen. Eine Verbindlichkeit, sich die Befriedigung bei ihm zu holen, liegt darin nicht; die Verbindlichkeit richtet sich nur auf ein Unterlassen, nämlich der Befriedigung aus einer anderen Quelle; kann ein Einwohner der Befriedigung dieses Bedürfnisses gänzlich entbehren, so berührt ihn das Bannrecht nicht.

Digitized by Google

Der Zweck des Bannrechtes, eine ergiebige Erwerbsquelle zu sein, wird aber dennoch erreicht, da sich diese Rechte mehr oder weniger auf Gegenstände des täglichen Bedarfes beziehen, die wenigstens die große Menge nicht entbehren kann. Von den in Oesterreich seinerzeit in Geltung gewesenen Bannrechten sind allerdings die wichtigsten längst aufgehoben worden; nämlich der Mühlzwang durch das Pat. 19. März 1787 und der grundherrliche Bier- und Branntweinzwang durch das Pat. 7. Sept. 1848; es besteht aber noch in nicht unbedeutender Ausdehnung das mit letzterem verwandte sog. Propinationsrecht d. h. das auf emphyteutischen und anderen Verträgen beruhende ausschließliche Erzeugungs- und Ausschankrecht von Bier oder Branntwein (zuweilen auch anderer Getränke z. B. des Methes) in einem gewissen Bezirke (Min. Erl. 10. Juni 1849).[1]) Die Frage nach der rechtlichen Natur der Bannrechte hat danach auch für Oesterreich eine praktische Bedeutung.

Um den diesfälligen Standpunkt der Doctrin kurz zu charakterisiren, sei nur erwähnt, daß Einige[2]) die Bannrechte für deutschrechtliche Servituten, Andere[3]) für eine besondere Gattung dinglicher Rechte an einer fremden Sache erklären, wieder Andere[4]) zu einer eigenthümlichen, hier nicht weiter zu verfolgenden Classification greifen, die auf alles Andere eher, als auf das Prädicat juristischer Schärfe Anspruch hat, endlich einige Schriftsteller[5]) die Bannrechte unbedenklich den Obligationen anreihen.

Das Richtige liegt in Folgendem. Ein dingliches Recht an einer fremden Sache, wofür das Bannrecht oft erklärt wird, ist ein Machtverhältniß an der fremden Sache oder dem fremden Eigenthum, kraft dessen der Eigenthümer in der Ausübung seines Eigenthums dadurch beschränkt ist, daß er zu Gunsten des Inhabers des jus in re rücksichtlich seiner Sache etwas dulden oder unterlassen muß. Kraft des Bannrechtes sind aber nicht nur die Eigenthümer der in dem Bannbezirk liegenden Grundstücke, sondern es ist jeder daselbst Anwesende zur Unterlassung des Bezuges des bestimmten Lebensbedürfnisses aus einer anderen, als der zur Lieferung berufenen Bezugsquelle verpflichtet. Die Unterlassungsverbindlichkeit kann also nicht als Eigenthumsbeschränkung, das Bannrecht nicht als jus in re angesehen werden. Dazu kommt noch, daß das Beziehen von Getränken von irgendwo u. dgl. nicht eine Ausübung des Grundeigenthums ist, von demjenigen also, der in diesem Bezugsrecht beschränkt ist, nicht gesagt werden kann, er sei in seinem Grundeigenthumsrechte beschränkt; letzteres gehört aber zum Wesen eines dinglichen Rechtes an fremdem Grund und Boden.

Da hienach Bannrechte zu den dinglichen Rechten unmöglich gezählt werden können, dieselben aber unbestritten Vermögensrechte sind, so stellen sie sich von selbst unter die Forderungsrechte. Einem Gläubiger, dem Bannberechtigten, steht hier eine Mehrzahl von Schuldnern, nämlich die Gesammtheit der im Bannbezirk anwesenden Personen gegenüber; geschuldet wird eine Unterlassung, die sich schon ihrer Natur nach als eine rein obli-

1) Mayerhofer Hdb. 3. Aufl. II. S. 1186.
2) Z. B. Holzschuher.
3) Z. B. Eichhorn.
4) Walter, Mittermaier, Schäffle.
5) Savigny, Gerber, Windscheid.

Digitized by Google

gatorische darstellt. Denn obligatorische Unterlassungen charakterisiren sich dadurch, daß der Schuldner zur Unterlassung einer Handlung verpflichtet erscheint, die an sich vollkommen zulässig ist und nur in Beziehung auf das bestimmte obligatorische Verhältniß unzulässig erscheint, während die aus der Existenz eines dinglichen Rechtes für Jedermann hervorgehende Unterlassungsverbindlichkeit[6]) die Unterlassung einer schon an sich unzulässigen Handlung zum Gegenstande hat. Schwierigkeiten macht der Mehrzahl der Schriftsteller nur der Umstand, daß an der ungezweifelt nur Einen Schuld eine unbestimmte Zahl von Subjecten betheiligt ist, daß sich jeder Schuldner seiner Verbindlichkeit einseitig dadurch entledigen kann, daß er den Bannbezirk verläßt, daß er mit dem Wiederbetreten desselben dieselbe Verbindlichkeit, und zwar die alte, nicht eine neu entstandene auf sich ladet, und daß die alte Verbindlichkeit fortdauert, wenn auch alle Subjecte derselben gewechselt haben, ungeachtet von der Vererbung derselben oder von einer Schuldübernahme nichts zu bemerken ist, — durchwegs Erscheinungen, von denen bei sonstigen Schuldverhältnissen nichts zu bemerken ist, die aber ähnlich wohl bei Verbindlichkeiten aus dinglichen Rechten vorkommen.[7]) Daß man diese Schwierigkeiten nicht zu bewältigen verstand, daß man lieber zu den unnatürlichsten Subsumtionen und Constructionen griff oder sich der Mühe des Systemisirens ganz entschlug, daran trägt lediglich die bisherige lückenhafte Behandlung des Systems der subjectiven Rechte die Schuld. Man sucht in den vorhandenen Lehrbüchern, Compendien und Abhandlungen vergebens nach einer erschöpfenden Darstellung der verschiedenen Arten des Subjectwechsels auf der passiven Seite der Obligation; der Subjectwechsel durch Erbgang und allenfalls der durch Schuldübernahme ist Alles, was darin zu entdecken ist. Und doch ist es grade nur dieser Punkt, von dem aus die Schwierigkeit zu bewältigen ist. Es gibt eben, wie bereits (§. 35) hervorgehoben wurde, obligatorische Verhältnisse, welche passiv an einen gewissen fortdauernden Zustand mit der Rechtsfolge gebunden sind, daß Jeder, der in diesen Zustand tritt, Schuldner wird. Solche obligatorische Verhältnisse sind insbesondere die Reallasten, indem bei ihnen die Schuldnerschaft an den Besitz eines Grundstückes gebunden ist, so daß jeder Besitzer desselben und nur der Besitzer Schuldner der Reallast wird. Eine Uebertragung der Reallastschuld durch Erbgang oder Schuldübernahme gibt es nicht. Etwas Aehnliches gilt bei dem Bannrecht. Die Unterlassungsverbindlichkeit ist an ein Grundstück oder einen ganzen Complex von Grundstücken (den Bannbezirk) derartig gebunden, daß Jeder, der zu den Grundstücken in ein bestimmtes Verhältniß tritt, Schuldner des Bannrechtes wird. Dieses Verhältniß ist aber hier nicht, wie bei den Reallasten, der Besitz des Grundstückes — denn sonst wären Pachter oder Miether desselben, da sie nur Inhaber sind, an die

6) Nämlich das dingliche Recht nicht zu verletzen.

7) So geht die allgemeine Verbindlichkeit, das dingliche Recht nicht zu verletzen, auf die Erben des Verpflichteten nicht über, weil diese schon als dem Rechtsgesetze unterworfene Subjecte zu der gleichen Unterlassung verpflichtet sind; und das dingliche Recht bleibt trotz der zahllosen Menge der ihm gegenüberstehenden Verpflichteten fortan Eines.

Digitized by Google

Bannpflichtigkeit nicht gebunden — sondern das Verhältniß ist jenes der Anwesenheit auf dem Grundstücke. Wer auf dem Grundstücke anwesend ist, tritt hiedurch in den für die Bannpflichtigkeit maßgebenden Zustand und ist Subject der aus dem Bannverbande hervorgehenden Schuld; wer den Bannbezirk verläßt, scheidet aus dem für den Bannverband maßgebenden Zustand und damit aus der Schuld selbst. Dieses beliebige Ausscheiden aus dem Schuldverbande durch das Aufgeben des maßgebenden Zustandes ist eine allgemeine Regel bei allen passiv an einen bestimmten Zustand geknüpften obligatorischen Verhältnissen, und trifft daher wie bei den Reallasten, so auch bei den Bannrechten zu. Die Pflichtigkeit geht nicht auf die Erben über, weil es ebenfalls allgemeine Regel bei Schuldverhältnissen dieser Art ist, daß sie einen anderen Subjectwechsel als durch den Eintritt in und den Austritt aus dem maßgebenden Zustand gar nicht zulassen. Und was endlich die Eigenthümlichkeit anbelangt, daß trotz einer unbestimmten Zahl verpflichteter Personen die Einheit der Obligation nicht aufgehoben wird, so kann hier nur auf die unten in der Lehre von den an solche Zustände gebundenen Rechtsverhältnissen zu entwickelnden Grundsätze hingewiesen werden, wonach der Grundcomplex der eigentliche Träger der Bannpflichtigkeit, die Anwesenheit auf demselben aber nur das Medium ist, um die Wirkung der Bannpflichtigkeit auf das physische Individuum hinüberzuleiten.

Hiemit ist der Beweis geliefert, daß die Bannrechte durchaus obligatorische Verhältnisse, wenn auch von eigenthümlicher Natur sind, fallend in eine Classe derselben, mit deren organischem Ausbau sich die Doctrin bisher noch wenig befaßt hat.

§. 37. Sind Regalien, Jagd- und Fischereirechte dingliche Rechte?

Eine noch größere Verwirrung, ja eine völlige Rathlosigkeit besteht auf dem Gebiete der Lehre von den Regalien, insofern es sich um deren juristische Construction und Einreihung in eine bestimmte Classe von Rechten handelt. Ein sehr anschauliches Bild hievon liefert die Schrift von Strauch Ueber Ursprung und Natur der Regalien (1865), worin der Verfasser nach einer kritischen Prüfung der zahlreichen älteren Constructionsversuche, welche sämmtlich als ungenügend erwiesen werden, zu dem gewiß bemerkenswerthen Ergebniß gelangt, daß es eine juristische Construction der Regalien nicht gebe und gar nicht geben könne, weil das Regal überhaupt kein juristischer Begriff sei. Allein, wenn, wie es heutzutage nicht bezweifelt wird, das Regal ein Privatrechtsinstitut ist, so ist es auch ein juristischer Begriff, der seine bestimmte Classification fordert, und es hieße auf Kritik und System verzichten, wenn man die Möglichkeit einer befriedigenden Construction der Regalien in Abrede stellen wollte. Regalien im privatrechtlichen Sinne sind nämlich gewisse dem Staate ausschließend zustehende Berechtigungen zur Realisirung von Privaterwerbungen und als solche können in Oesterreich bezeichnet werden das Post-, Lotto-, und Salzregal, ferner überhaupt (nach ihrer privatrechtlichen Seite) die Staatsmonopole und in gewissem Sinne das Bergregal (§. 287, 1456 b. G. B.). Die juristische Construction, die wir vom

Digitized by Google

Bannrechte gegeben haben, gilt vollständig auch vom Regal; nur ist der Grundcomplex, innerhalb dessen die bestimmte, dem Staate der Concurrenz wegen nachtheilige Handlung unterlassen werden muß, ein weit größerer, als bei den Bannrechten, denn er fällt mit dem Staatsterritorium zusammen. Hier wie dort begründet die Anwesenheit auf dem Territorialcomplex die Unterlassungsverbindlichkeit; hier wie dort scheidet man aus derselben aus, wenn man dieses Territorium verläßt. Es handelt sich also auch hier um obligatorische Verhältnisse von eigenthümlicher Natur. Ihre Construction im Einzelnen — unten.

In ähnlicher Weise läßt sich endlich construiren auch das Jagd- und Fischereirecht, welche im b. G. B. (§. 477 Nr. 5) irrig zu den Servituten gerechnet werden, während sie in der That monopolsartige obligatorische Verhältnisse sind. Das Nähere ebenfalls unten.

§. 38. Ist das sog. Nutzungseigenthum auch Eigenthum?

Nach Ausscheidung der nur angeblich dinglichen Rechte zählen wirklich zu denselben im österreichischen Recht außer dem Eigenthumsrechte die Servituten, das Pfandrecht, das Superficiar- oder Bodenrecht, das Erbpacht- und Erbzinsrecht und das noch mit schwachen Ueberresten sich an die Gegenwart anklammernde Lehenrecht des Vasallen. Daß von diesen Rechten das b. G. B. im §. 308 nur die drei ersten nennt, ist darauf zurückzuführen, daß es die anderen wegen ihres eigenthumsähnlichen Inhaltes nur als Abarten des Eigenthumsrechtes, als Fälle sog. Nutzungseigenthums (dominium utile) betrachtet, denen es ein sog. Obereigenthum (dominium directum) entgegengesetzt, beide als Theile des ganzen Eigenthumsrechtes, als sog. getheiltes Eigenthum ansieht.

Wie schon Thibaut[1]) nachgewiesen hat, bildete sich diese Idee bereits im Mittelalter durch das Mißverständniß einer Ausdrucksweise der Glossatoren aus. Diese nennen nämlich diejenigen Rechte, welche mit einer utilis rei vindicatio (im Gegensatz zur directa) verfolgt werden z. B. die bonorum possessio, die superficies und emphyteusis — dominium utile d. h. analogisches Eigenthum. Die Aehnlichkeit der Emphyteuse, welche die Glosse so bezeichnete, veranlaßte zunächst die Ausdehnung dieser Ausdrucksweise auf das feudum durch die Glosse selbst. Auf diese Weise gewöhnte man sich, auch noch andere sehr weit gehende dingliche Nutzungsrechte an einer fremden Sache, namentlich die verschiedenen Arten der bäuerlichen Nutzungsrechte als dominium utile zu bezeichnen. Mit der Zeit ging das richtige Verständniß dieser Ausdrucksweise verloren, indem man das Epitheton „utilis“ von den Nutzungen verstand, die den derartig Berechtigten zustehen, und daher das Recht selbst im Deutschen ein Nutzungseigenthum nannte; das wahre, mit diesem sog. dominium utile belastete, und mit der directa rei vindicatio verfolgbare Eigenthum nannte man wegen der regelmäßig social und politisch höheren Stellung seines Inhabers Obereigenthum (domi-

1) Versuche 2. Aufl. II. Nr. 3.

Digitized by Google

nium directum). Sogestaltig entstand die Idee eines doppelten, an derselben Sache zweien verschiedenen Personen zustehenden Eigenthums, welches man sich durch eine Theilung des ganzen Eigenthumsrechtes nach seinen Befugnissen zu erklären suchte, und daher getheiltes Eigenthum nannte. Ein constanter Gebrauch der Rechtsgelehrten, sowie deutsche Reichsgesetze bürgerten dieses neue Institut ein, und auch die neuen Gesetzbücher (das preußische, österreichische und bairische) nahmen es auf, und noch gegenwärtig nehmen es ein guter Theil der Germanisten[2]) und die älteren österreichischen Schriftsteller in Schutz.

Auf dem Boden dieser Doctrin steht, wie bemerkt, auch das b. G. B.; es nimmt eine Theilung des „vollständigen" Eigenthums nach Befugnissen an; dem Obereigenthümer schreibt es die nackte Proprietät, das Recht gegen Zerstörung einzuschreiten, regelmäßig das Recht der Zustimmung zu Veräußerungen, das Heimfallsrecht bei eintretender Erblosigkeit, häufig auch das Recht auf gewisse Leistungen und die Theilnahme an den das Gut betreffenden Klagen, namentlich an der Eigenthumsklage zu. Das Nutzungseigenthum soll das Recht des beliebigen Gebrauches und der Benutzung, die Befugniß, dieses Recht zu veräußern und zu vererben und gegen Dritte mit possessorischen und petitorischen Klagen zu verfolgen in sich begreifen. Die erste Reihe von Befugnissen begreift es unter dem Ausdrucke: „Recht auf die Substanz"; die letztere unter jenem des „Rechtes auf die Nutzungen"; doch behält es diese Ausdrucksweise nicht consequent bei, indem dem Nutzungseigenthümer häufig auch ein Theil des Rechtes auf die Substanz zugeschrieben wird (§. 357 b. G. B.). Als Fälle solchen getheilten Eigenthums, welches theils Privatdispositionen, theils gesetzlichen Verfügungen seinen Ursprung verdanken soll, bezeichnet das Gesetz die Rechte des Vasallen, des Erbpachters und Erbzinsmannes (§. 359), des Superficiars (§. 1125) und des Fideicommißinhabers (§. 629), während in allen anderen Fällen, in denen das Eigenthum beschränkt ist, z. B. im Falle des Jemanden an einer fremden Sache zustehenden Fruchtgenusses das Eigenthumsrecht ein vollständiges und ungetheiltes bleiben soll (§. 358); insbesondere wird noch hervorgehoben, daß das in Fällen des getheilten Eigenthums häufige Vorkommniß eines vom Nutzungseigenthümer an den Obereigenthümer zu entrichtenden jährlichen Grundzinses oder sonstigen periodischen Bezuges kein charakteristisches Merkmal des getheilten Eigenthums sei, daher aus diesem Vorkommniß noch nicht ein Schluß auf das Vorhandensein getheilten Eigenthums gezogen werden dürfe, daß vielmehr die Eigenthumstheilung immer streng erwiesen werden müsse (§. 360).

Diese Theorie vom getheilten Eigenthum ist jedoch, wie schon aus historischen Gründen ein Mißgriff, so auch aus dogmatischen eine Monstrosität. Ihre Vertheidiger suchen das getheilte Eigenthum dadurch zu construiren, daß sie annehmen, das Eigenthum lasse sich, wie unter verschiedenen Miteigenthümern nach Quoten, so auch unter verschieden Berechtigte nach

2) Mittermaier, Walter, Bluntschli, Beseler, Eichhorn, Maurenbrecher u. A.

Digitized by Google

Befugnissen theilen. Allein wie jeder Begriff eines subjectiven Rechtes, so ist auch jener des Eigenthums ein untheilbarer. Wird aus dem Eigenthumsrechte was immer für ein Theil herausgenommen, so ist der Rest kein Eigenthumsrecht mehr; wie sollte man dann noch von einer totalen rechtlichen Macht sprechen, wo ihr ein Theil fehlt? Die Macht kann in ihrer Ausübung zeitweise beschränkt sein, ohne aufzuhören, eine totale zu sein — wie es der Fall ist bei jeder Belastung durch dingliche Rechte an einer fremden Sache, — allein von den zu ihrem Begriffe erforderlichen Befugnissen darf ihr keines fehlen. Wird, wie Unger[3]) bemerkt, ausnahmsweise ein Recht in mehrere ungleichartige Theile zerlegt, wie z. B. der römische ususfructus in den usus und den fructus, so entstehen hiedurch neue Rechte mit neuem Charakter, in deren keinem das ursprüngliche Recht in seiner Natur fortdauert, und deshalb kann keines dieser Theilrechte ferner die Benennung führen, welche dem ungetheilten Rechte zukam. Man wende nicht ein, daß im Falle des Miteigenthums in der That eine Theilung des Eigenthums unter mehrere Personen, wenn auch nicht nach ungleichartigen, so doch nach gleichartigen Theilen Platz greife und daher nicht einzusehen sei, warum nicht auch eine ungleichartige möglich sein sollte. Das Wesen des Miteigenthums besteht (vgl. unten) nicht in einer Theilung desselben, sondern in der Beziehung des Einen ungetheilten Rechtes auf eine Mehrheit von Subjecten (§. 825 b. G. B.). Das, was man eine Quote oder einen Antheil nennt, wie ein solcher jedem Miteigenthümer mit der Berechtigung zu selbständiger Veräußerung oder Belastung zukommt (§§. 829, 361 b. G. B.) ist nicht ein Theil des Eigenthums, sondern eben der Ausdruck dieser subjectiven Beziehung und des Umfanges der Machtsphäre, die jedem Einzelnen zukommt. Gemeinsames Eigenthum ist gemeinsame rechtliche Macht, welche, wie im öffentlichen, so im Privatrechtsleben häufig vorkommt, und zur Folge hat, daß Ausübungsacte, welche sonst von Einem Eigenthümer ausgehen, hier von deren Gesammtheit ausgehen müssen; dieses bedeutet auch der gesetzliche Ausdruck, daß die Miteigenthümer für Eine Person angesehen werden (§§. 361, 828). Das Eigenthum ist also auch hier ungetheilt, weil untheilbar, und daher ein Rückschluß auf die Möglichkeit der Theilung nach Befugnissen und der Construction eines Ober- und Nutzungseigenthums ein unzulässiger. Dies zeigt auch das vergebliche Bestreben der Compilatoren des G. B., diesen vermeintlichen Fragmenten des Eigenthums die Befugnisse des wirklichen Eigenthums zu vindiciren (§. 363 b. G. B.), wonach dem Nutzungs-, wie dem Obereigenthümer alle wesentlichen Eigenthumsbefugnisse (§. 362) zukommen sollen; dieser Satz steht mit dem unmittelbar darauf folgenden, wonach „der Eine nichts vornehmen darf, was mit dem Rechte des Anderen im Widerspruche steht" (vgl. auch §. 1127), sowie mit der in §. 357 gegebenen Charakterisirung des Ober- und Nutzungseigenthums in einem ungelösten und unlösbaren Widerspruch.

Um diesen Widersprüchen zu entgehen, erübrigt nichts, als der Ausweg, bloß die eine der beiden Berechtigungen, in welche das Eigenthum

3) I. S. 608.

Digitized by Google

gespalten sein soll, als wirkliches Eigenthum, die andere dagegen als jus in re aufzufassen; und zwar fällt offenbar das sog. Nutzungseigenthum unter den letzteren Gesichtspunkt. Dafür spricht nicht nur die Analogie des Fruchtgenusses, sondern auch der Umstand, daß das Recht des Vasallen am Lehengute und die verschiedenen bäuerlichen Nutzungsrechte ebensogut wie die römische Emphyteuse und Superficies ursprünglich unvererbliche, ja sogar widerrufliche Rechte waren, deren früherer Charakter als bloßer jura in re sich durch die im Laufe der Zeit entstandene Vererblichkeit unmöglich verändert haben kann. Es ist aber das sog. Obereigenthumsrecht ein wirkliches, aber auf ähnliche Weise beschränktes Eigenthum, wie die während des Bestandes eines ususfructus aufrecht bestehende nuda proprietas. Dies erhellt auch daraus, daß es nach dem Wegfall des sog. Nutzungseigenthums sofort zum unbeschränkten Eigenthum wird (§. 1149 b. G. B.), während, wenn der sog. Obereigenthümer ohne Erben stirbt, das Nutzungseigenthum ebensowenig wie im gleichen Falle der Fruchtgenuß eine Erweiterung erfährt.

Von der Regel, daß dasjenige, was das G. B. Nutzungseigenthum nennt, richtiger als dingliches Recht an einer fremden Sache (Belastungsrecht) bezeichnet wird, besteht eine Ausnahme bei Familienfideicommissen, bei welchen das G. B. dem Fideicommißinhaber das Nutzungs- und den Anwärtern das Obereigenthum zuschreibt (§. 629). Denn in Wahrheit handelt es sich hier um ein zeitliches durch die Ansprüche künftigen Rechtes beschränktes Eigenthum und der jedesmalige Fideicommißinhaber ist als der wahre Eigenthümer zu betrachten.

§. 40. Persönliche Rechte. Beschränkterer Schutz derselben, auch wenn sie intabulirt sind.

Die zweite Classe der Vermögensrechte, die Forderungsrechte lassen sich nicht in eine so geschlossene Reihe bringen, wie dies bei den dinglichen Rechten der Fall ist. Eine Verschiedenheit unter ihnen begründet zunächst die Verschiedenheit der Handlungen, welche Objecte der Forderungsrechte und nach ihrer Natur zahllos sind, — dann aber auch die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes, der bei dinglichen Rechten auf die Qualität des daraus hervorgehenden Rechtes ohne Einfluß ist. Ein wichtigerer Unterschied zwischen beiden Gattungen von Vermögensrechten aber liegt in dem ungleichen Schutze, der nach römischem wie nach österreichischem Rechte beiden zu Theil wird, — ein Unterschied, der nicht selten übersehen, und auch wo er bemerkt wird, so leicht dazu beiträgt, den richtigen Standpunkt der Beurtheilung des Wesens beider Rechtskategorien zu verrücken. Das dingliche Recht wird nämlich gegen Jedermann geschützt, der die in ihm liegende Macht beeinträchtigt; der Eigenthümer kann seine Sache von jedem Besitzer zurückfordern (§. 366 b. G. B.), der Servitutberechtigte nicht nur gegen den Servitutspflichtigen, sondern gegen Jeden, der der Ausübung der Servitut störend entgegentritt, klagend auftreten, der Pfandgläubiger das Pfandrecht nicht nur gegen den Verpfänder, sondern gegen jeden Besitzer der Pfandsache ausüben (§. 466 b. G. B.); — der Forderungsberechtigte hin-

Digitized by Google

gegen genießt einen Schutz nur gegen den bestimmten Schuldner und dessen Erben, nicht auch gegen Dritte, welche durch ihre Handlungen die Ausübung der Forderung hindern oder sie gänzlich vereiteln. Schuldet A dem B die Tradition einer bestimmten Sache[1]), und es läßt sich C vom A dieselbe Sache veräußern und tradiren, so hat B wohl gegen den wortbrüchigen A, nicht aber auch gegen den C, der ihm das Forderungsrecht vereitelt hat, einen Anspruch auf Ersatz, und noch weniger kann er dem letzteren die Sache abfordern (§. 430). Vermiethet A dem B eine Wohnung und veräußert dann das Gebäude an den C, so kann nicht von Letzterem die Fortsetzung der Miethe, sondern nur von Ersterem Schadenersatz dafür verlangt werden, daß er sich durch den Verkauf des Hauses in die Unmöglichkeit der ferneren Erfüllung seiner Verbindlichkeit versetzt hat (§. 1120 b. G. B.). Das Gleiche gilt vom Käufer, der dem Verkäufer ein Wiederkaufsrecht (§. 1068) oder ein Vorkaufsrecht (§. 1072) eingeräumt, und dann mit Verletzung dieser seiner Verbindlichkeit die Sache weiter veräußert hat; der Verletzte kann nur vom wortbrüchigen Käufer Schadenersatz verlangen (§. 1079), nicht aber die Sache dem Dritten abfordern (§§. 1070, 1073). Das persönliche Recht wirkt also nur gegen die bestimmte, verpflichtete Person, das dingliche auch gegen Dritte. Letzteres bildet aber nicht das Wesen, sondern nur eine Wirkung dinglicher Rechte; die Doctrin freilich erblickt öfters und mit ihr stellenweise auch unser G. B. gerade in dieser Wirkung das Wesen der Dinglichkeit, und bezeichnet als dingliches Recht, abweichend von der richtigen Begriffsbestimmung im §. 307 (vgl. auch §. 451 a. E.) dasjenige, welches gegen Dritte wirksam ist (z. B. im §. 1126; vgl. auch §. 532). Dies hatte einen verhängnißvollen Irrthum zur Folge. Die erwähnten Forderungsrechte des Miethers gegen den Vermiether, des Verkäufers gegen den Käufer lassen sich nämlich, wenn sie sich auf unbewegliche Sachen beziehen, durch Intabulation derartig auf die Sache radiciren, daß dann nicht der ursprüngliche Schuldner, sondern der jedesmalige Besitzer der Liegenschaft verpflichtet erscheint. Das Forderungsrecht wird also dann zwar nicht gegen jeden Dritten, wohl aber gegen einen von dem ursprünglichen Schuldner verschiedenen Dritten wirksam, und darum sagt das G. B., das persönliche Recht, die Forderung werde in ein dingliches Recht umgewandelt (§§. 1070, 1073, 1079, 1095). In der That aber bewirkt in diesen Fällen die Intabulation nur eine Aenderung der Succession in die Schuld. Während nämlich die Schuld, wenn eine Intabulation nicht stattgefunden hat, nur an den Erben und allenfalls an den mit Zustimmung des Gläubigers eintretenden Schuldübernehmer des ursprünglichen Schuldners übergeht, wird sie nunmehr an den jedesmaligen Besitzer des Grundstückes, und zwar nur an ihn übertragen. Der vorige Besitzer scheidet aus dem Schuldverbande, und zwar ohne erst der Zustimmung des Gläubigers zu bedürfen, vollständig aus. Es ist also nunmehr Schuldner wieder nur eine bestimmte Person, nur gegen sie wirkt die Forderung, und es ist also auch in

1) Z. B. wegen eines vorausgegangenen Schenkungsversprechens oder eines abgeschlossenen Kaufes.

Digitized by Google

diesem Falle unrichtig, von einem gegen Jedermann wirksamen Rechte zu sprechen, was auch der Umstand zeigt, daß sie sich gegen die auf dem gleichen Grundstück verhypothecirten Gläubiger als unwirksam erweist (§§. 1076, 1121). Die Forderung bleibt also auch nach der Intabulation nicht bloß, weil sie auch fernerhin nur gegen eine bestimmte Person wirksam ist, sondern hauptsächlich darum, weil deren Object nach wie vor die Handlung eines bestimmten Schuldners bleibt, ein persönliches Recht, und nur die Succession in ihre passive Seite, in die dem Forderungsrechte entgegenstehende Verbindlichkeit, hat sich geändert.

Daß unser G. B. den Forderungen gegen beeinträchtigende Handlungen Dritter nicht jenen durchgreifenden Rechtsschutz gewährt, wie den dinglichen Rechten, läßt sich wenigstens theilweise durch Rücksichten des Verkehrs rechtfertigen. Es kann vom Dritten wohl bei dinglichen Rechten, als regelmäßig für Jedermann erkennbaren Machtverhältnissen gefordert werden, alle dieselben beeinträchtigenden Handlungen zu unterlassen; nicht aber auch bei Forderungsrechten, die nur ein unsichtbares Band um die Person des Gläubigers und des Schuldners schlingen. Auch wäre im Gegenfalle dem hinterlistigen Schuldner ein willkommenes Auskunftsmittel gegeben, sich seinen Verbindlichkeiten durch die nachträgliche, vielleicht im Einverständnisse mit einem Helfershelfer gemachte Vorgabe eines mit einem Anderen bereits bestehenden obligatorischen Verhältnisses zu entziehen; so würde ein so weit reichender Schutz älterer Obligationen, weit entfernt, sie zu festigen, vielmehr zur Lockerung derselben dienen. Selbst wenn der Dritte um den Bestand des obligatorischen Verhältnisses weiß, das er durch ein späteres, mit dem gleichen Schuldner geschlossenes Rechtsgeschäft vereitelt, würde es sich nicht empfehlen, das spätere Rechtsverhältniß für unwirksam zu erklären, weil diesem Dritten nicht zugemuthet werden kann, in jedem Falle zu untersuchen, ob der erste Gläubiger noch auf der erhaltenen Zusage beharren will, und ob nicht vielleicht der Schuldner Mittel findet, seinen Verbindlichkeiten gegen beide nachzukommen: nur ganz ausnahmsweise wird es zweckmäßig sein, die Vereitelung obligatorischer Rechtsverhältnisse durch Dritte für unzulässig und unwirksam zu erklären.

§. 41. Absolute und relative Rechte.

Der eben erwähnte weniger weit reichende Schutz persönlicher Vermögensrechte charakterisirt dieselben nicht nur gegenüber den dinglichen, sondern auch gegenüber den Personenrechten (Vgl. §§. 145, 1457). Rechte, welche nur gegen bestimmte Personen wirken, nennt man relative, die gegen Jedermann wirksamen absolute Rechte. Forderungen sind also in der Regel relativ, die übrigen Rechte absolut. Die Römer drücken diesen Gedanken damit aus, daß sie Ansprüche aus ersteren actiones in personam, Ansprüche aus letzteren actiones in rem nennen.

Gewöhnlich behauptet man, daß jene Forderungen, welche durch die Intabulation auf ein unbewegliches Gut Wirksamkeit gegen jeden Besitzer desselben erlangen, absolute Rechte seien, weil sie sich nicht nur gegen den ursprünglich Verpflichteten, sondern auch gegen einen Dritten wirksam er-

Digitized by Google

weisen. Allein abgesehen davon, daß ein absolutes Recht nicht bloß gegen einen bestimmten Dritten, sondern gegen jeden Dritten wirksam ist, was hier nicht zutrifft, ist es auch ein Irrthum, wenn man glaubt, daß die auf Grund und Boden radicirte Forderung gegen den ursprünglichen Schuldner auch dann noch wirke, wenn er nicht mehr Besitzer des Gutes ist. Der Vermiether eines Hauses, auf welchem der Miethvertrag intabulirt ist, scheidet durch dessen Veräußerung aus dem obligatorischen Verhältnisse ganz aus; Schuldner ist fortan nur der neue Besitzer. Die Forderung des Miethers ist also immer nur gegen Eine Person gerichtet, daher an ihrer Relativität nicht gezweifelt werden sollte. Wenn die Römer den aus einer solchen Forderung hervorgehenden Anspruch actio in rem scripta nennen, so wollen sie damit allerdings eine Eigenthümlichkeit eines solchen Rechtsverhältnisses, keineswegs aber dessen Einreihung unter die absoluten Rechtsverhältnisse bezeichnet haben.

Da hienach der Schuldner mit einem Dritten vollkommen wirksam ein Uebereinkommen treffen kann, in Folge dessen die Erfüllung einer ihm gegen den Gläubiger obliegenden Verbindlichkeit vereitelt wird, so muß die diesem Dritten versprochene Handlung im Sinne des Gesetzes eine zulässige sein, da etwas Unzulässiges nicht den Inhalt eines giltigen Uebereinkommens bilden kann (§. 878 b. G. B.) Unzulässig erscheint also die Handlung nur im Verhältniß zum Gläubiger. Es gibt also Handlungen, die nur gewissen Personen gegenüber (relativ) unzulässig sind. Ihren Gegensatz bilden die unter allen Umständen (absolut) unzulässigen Handlungen. Dahin gehören alle ein absolutes Recht kränkenden und überdies noch einige andere Handlungen, welche, wie z. B. Betrug kein specielles Recht verletzen, aber vom objectiven Rechte absolut untersagt sind. Darauf beruht die wichtige Eintheilung der sog. unerlaubten Handlungen in Delicte und Schuldverletzungen; zu den letzteren gehören die relativ unzulässigen d. h. ein obligatorisches Verhältniß verletzenden Handlungen.

§. 42. Ausnahmsweise Wirkung persönlicher Rechte gegen Dritte.

Von der Regel, daß Forderungen nur gegen den Schuldner, nicht auch gegen Dritte wirken, gibt es indessen einige Ausnahmen, und zwar:

1) Der aus der Aufdingung der Dienstboten und der Gewerbsgehilfen hervorgehende Anspruch auf die Dienstesverrichtung durch die bestimmte Zeit kann durch die Verdingung bei einem anderen Arbeitgeber nicht eludirt werden; vielmehr hat der erste Dienstgeber das Recht, den Gedungenen dem späteren Dienstgeber abzufordern. (Dienstbotenordnungen und Gew. O. 20. December 1859 §. 74). Der Grund dieses Rechtssatzes dürfte wohl in der früher herrschenden Anschauung liegen, daß das Dienstverhältniß ein Familienverhältniß und daher wie dieses von absoluter Natur sei.

2) Wird die Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld durch Schenkungen an Dritte unmöglich gemacht, so hat der gekränkte Gläubiger gegenüber dem Beschenkten das Widerrufsrecht (§. 953). Auf einem ähnlichen Motiv beruht auch die Bestimmung des Art. 259 H. G. B., wonach der stille Gesellschafter, welchem der Geschäftsinhaber zum Nachtheile seiner

Digitized by Google

Gläubiger innerhalb eines Jahres vor dem Ausbruche des Concurses seine Einlage erlassen oder zurückgezahlt hat, zur Einzahlung derselben in die Concursmasse verhalten werden kann. [Vergl. noch Anf. Ges. 16. März 1884.]

3) Jedes Forderungsrecht wirkt insofern gegen Dritte, als dem Gläubiger gegenüber Jedem, der sich des Forderungsrechtes anmaßt, eine Klage auf Ablassung von dieser Anmaßung und auf Herausgabe des Bezogenen zusteht (actio negatoria utilis). Darum hat der Gläubiger einer bücherlichen Forderung, die aber auf den Namen eines Anderen eingetragen wurde[1]), gegen den Eingetragenen eine Klage auf Löschung (§§. 61, 62 Gb. G.), und ebenso hat der Committent gegenüber der Concursmasse des Commissionärs die Klage auf Ausscheidung der aus dem Commissionsverkaufe entstandenen, aber in diese Concursmasse einbezogenen Forderungen (H. G. B. Art. 368); aus dem gleichen Grunde hat der frühere Cessionar gegen den späteren, jedoch dem Cessus früher bekannt gewordenen Cessionar eine Klage auf Herausgabe der von letzterem eincassirten Geldsumme, und der Erbschaftskläger gegen den Erbschaftsbeklagten eine gleiche Klage auf Herausgabe desjenigen, was dieser an Erbschaftsforderungen eincassirt hat (§. 824 b. G. B.). Endlich

4) hat der Besitzer eines obligatorischen Rechtes (z. B. der Sachmiether) gegen Jedermann den Anspruch auf Unterlassung jeder eigenmächtigen Störung (§§. 339, 346 b. G. B.), und daher im Falle des Dawiderhandelns auf Wiederherstellung des vorigen Standes und auf Schadenersatz. Aehnliche Berechtigungen des durch eine Beschädigung verletzten Inhabers eines persönlichen Rechtes treten im Falle der Sachbeschädigung und Sachentziehung ein.

Der eben durchgeführte Satz, daß — die bereits erwähnten Beschränkungen abgerechnet — die Forderungen nur gegen den Schuldner, nicht gegen Dritte wirken, ist indessen ein nicht ganz unbestrittener. Wir sehen ab von der Behauptung Ziebarth's[2]), daß ein auf ein dare gerichtetes Forderungsrecht gegen Jeden wirke, welcher in Kenntniß dieses Forderungsrechtes die Sache erwerbe; ferner von der Behauptung Reuner's[3]) und Brünneck's[4]), welche die unumschränkte Wirksamkeit der Forderungsrechte gegen Dritte in Anspruch nehmen; denn ihre Ansichten[5]) mögen vom Standpunkte des gemeinen Rechtes mit Rücksicht auf die umfangreiche Wirksamkeit der actio Paulliana einige Berechtigung haben. In das österreichische Recht ist aber aus der Theorie dieser Klage lediglich der Schutz der Gläubiger gegen sie benachtheiligende Schenkungen des Schuldners übergegangen. Demungeachtet behaupten auch unter den österreichischen Juristen Einige eine über die angegebenen Grenzen hinausgehende Wirksamkeit der Forderungen

1) Z. B. auf Grund einer irrthümlichen Einantwortung oder Cession.
2) Realexecution S. 192 f.
3) Wesen und Arten der Priv. R. S. 40 f., 70 f. 152.
4) Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem (1869).
5) Vgl. gegen sie Windscheid §. 43 Note 5, 6, Degenkolb in der krit. Vtljschr. IX. S. 205 f., 229 f.

Digitized by Google

gegen Dritte. So meint Schuster[6]), daß im Falle einer wiederholten Veräußerung einer bereits veräußerten Sache durch das zweite Geschäft nicht Eigenthum erworben werde, wenn der zweite Erwerber von der früheren Veräußerung Kenntniß habe; in solchem Falle könne ihm die Sache abgefordert werden. Allein die Gründe, die er dafür anführt, nämlich daß nach §§. 367, 456, 468, 824 das Gesetz nur den redlichen Besitz schütze, sind so schwach, daß sie eine ernste Widerlegung gar nicht verdienen. — In den Anmerkungen zu Schuster's Ausführungen und in theilweiser Widerlegung derselben behauptet Pratobevera[7]), daß der spätere Käufer oder Erwerber nur dann das Eigenthum nicht erlange, wenn er von der ersten Veräußerung Kenntniß hatte und zugleich durch Anbietung von besonderen Vortheilen die neuerliche Veräußerung (eben jene, die an ihn selbst erfolgte) bewirkte. Auch diese Behauptung geht zu weit, da das Gesetz ohne weitere Unterscheidung das zweite Geschäft als giltig und das Eigenthum als erworben erklärt; nur im Falle eines dem zweiten Erwerber zur Last fallenden Betrugs müßte nach Pratobevera's Meinung entschieden werden (§. 871 f. b. G. B.); nur ergibt sich daraus nicht die Wirksamkeit von Forderungen gegen Dritte, sondern nur die Haftung für alle Folgen eines Delictes, wohin auch der Betrug gehört. — Endlich meint Nippel[8]), das Eigenthum gehe auf den zweiten Erwerber, mag er dolos gehandelt haben oder nicht, über, aber er sei dafür dem ersten Erwerber schadloshaltungspflichtig und ihm daher die Sache wieder zu verschaffen schuldig, — in diesem Sinne wirke die Forderung gegen den Dritten. Dafür beruft er sich auf die §§. 1295, 1301, 1302, 1323. Er nimmt somit an, daß die wissentliche Erwerbung einer bereits einem Anderen veräußerten Sache eine schon an und für sich schuldbare Handlung sei, — was aber unrichtig ist. Um wegen schuldbarer Beschädigung ersatzpflichtig zu werden, reicht es nicht hin, daß ein Schaden geschehen und dieser wissentlich herbeigeführt worden ist, sondern es muß auch eine Handlung vorliegen, die dem objectiven Rechte entgegen ist. Daß er eine solche Handlung gesetzt habe, läßt sich aber von dem Erwerber einer bereits an einen Anderen verkauften Sache nicht behaupten, da dieser Erwerb zum Eigenthum führt, was im Falle seiner rechtlichen Unzulässigkeit nicht denkbar wäre. Ist er hienach rechtlich zulässig, so beweist dies für das österreichische Civilrecht schlagend die regelmäßige Unwirksamkeit der Forderungen gegenüber Dritten. Der §. 1301 insbesondere, auf den sich Nippel für das Gegentheil beruft, bezieht sich, wie das seine Stellung und §. 1303 nachweist, nur auf Delicte.

§. 43. Einheit oder Mehrheit der Forderungen bei einer Mehrheit der zu leistenden Acte?

Da das Object einer Forderung eine Handlung ist, so entsteht die Frage, ob darunter jede einzelne Willensthätigkeit, welche in Folge der Forderung ins Leben treten soll, oder ob in dem Falle, wenn in Folge einer

6) Pratobevera's Mater. VI. S. 220 f.

7) Ebda. S. 231.

8) Erläuter. III. S. 378.

Digitized by Google

Forderung ein Complex von Thätigkeiten gefordert werden kann, nur dieser Gesammtcomplex zu verstehen sei. Da Jedermann soviele Rechte hat als es Objecte gibt, über welche er die rechtliche Herrschaft ausüben darf, so wäre in dem gegebenen Falle, wenn ersteres angenommen werden müßte, nicht Eine Forderung, sondern es wären so viele Forderungen vorhanden, als Thätigkeiten gefordert werden können, — ein Satz, der in so mancher Beziehung von weitgreifenden Folgen wäre. Ein solcher Complex von Thätigkeiten wäre z. B. eine Bauführung, eine Verwaltung, eine Alimentation, die Verabreichung einer immerwährenden Rente u. s. w. Wer eine Verwaltung verspricht, hätte nicht Eine, sondern so viele aus einem einzigen Versprechen hervorgegangene Schulden, als er Verwaltungsacte vornehmen muß. Dies meint auch Bruns[1]), wenn er sagt, daß, „wenn Jemand durch Vertrag oder Testament zu mehrfachen Leistungen, z. B. Capitalzinsen, Miethzinsen verpflichtet ist, hier nicht von einer Obligation mit wiederkehrender Ausübung gesprochen werden könne, sondern jede Leistung hier eine selbständige Obligation bilde". „Auch bei Commodat und Miethe könne man die fortgesetzte Benutzung der Sache nicht als die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern als die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation ansehen." Nur wenn eine Obligation mit wiederkehrender Leistung auf ein Grundstück radicirt oder an ein dauerndes personenrechtliches Verhältniß geknüpft ist, ziehen sich nach Bruns die einzelnen Leistungen zusammen in den allgemeinen Begriff der Belastung oder Pflichtigkeit des Grundstückes oder des im personenrechtlichen Verbande stehenden Subjectes, und der Gläubiger habe „nur ein einziges Recht gegen die Sache oder die Person, von welchem die einzelnen Leistungen wirklich nur die einzelnen Ausübungen sind." Allein — kann Bruns in diesen Fällen die Einheit der Forderung zugeben, obwohl sie sich auf wiederholte Handlungen des Schuldners bezieht, so ist nicht abzusehen, warum das Gleiche nicht auch in anderen Fällen angenommen werden dürfte, in denen sich die einzelnen Leistungen gleichfalls in einen gemeinsamen Begriff, wie jenen der Verwaltung, der Alimentation, der Verzinsung u. s. w. zusammenziehen. Die Frage ist von großer Wichtigkeit z. B. für die Lehre vom Rechtsbesitz, speciell vom Besitz obligatorischer Rechte (§§. 311—313 b. G. B.). Hat man sich im gegebenen Falle eine der mehreren zusammengehörigen Thätigkeiten leisten lassen, so hat man hiedurch nach der Theorie der Pluralität der Obligationen keinen, nach der gegentheiligen Theorie dagegen allerdings einen Besitz der Gesammtobligation erworben. Ebenso ist die Frage wichtig für die Lehre von der Verjährung. Wer in jeder einzelnen Rentenzahlung den Gegenstand einer selbständigen Obligation sieht, wird eine (selbständige) Verjährung des Rentenbezugsrechtes im Ganzen, wie sie im §. 1480 b. G. B. normirt ist, für eine juristische Unmöglichkeit halten müssen, und er wird sich leicht verleiten lassen, die Unverjährbarkeit der familienrechtlichen Alimentationspflicht (§. 1481) auch auf die einzelnen fälligen Alimentationsraten zu übertragen.

1) Recht des Besitzes S. 482 f.

Digitized by Google

Das Richtige ergibt sich aus folgender Betrachtung: Wer von einem Anderen eine nur einmal zu entrichtende Leistung einhebt, übt damit nur die Forderung auf diese Leistung aus. Wer sich aber von einem zur dauernden Alimentation Verpflichteten einmal Alimente reichen läßt, übt nicht bloß den Anspruch auf diese momentane Alimentenreichung, sondern seine Alimentationsberechtigung im Allgemeinen aus, und ist sich bewußt, bei der neuerlichen Reichung dasselbe Recht auszuüben, genau so, wie durch die Zehenteinhebung der verschiedenen Jahre immer nur dieselbe Zehentgerechtigkeit ausgeübt wird. In beiden Fällen hat er es also mit Einem Recht, aber mit wiederholter Ausübung desselben zu thun. Was aber bewirkt es, daß sich diese mehreren Empfangnahmen als Ausübungsacte eines und desselben Rechtes darstellen? Lediglich der gemeinsame Rechtsgrund, auf welchem sie beruhen. Wo also mehrere Leistungen aus einem gemeinsamen Rechtsgrunde hervorgehen, stellen sie sich lediglich als Ausübungsacte Eines Rechtes, Einer Obligation dar; man kann also nicht von so vielen Obligationen, als Thätigkeiten geschuldet werden, sprechen, sondern nur von Einer Forderung mit dauernder Ausübung. Darum nimmt man auch Besitz der ganzen Obligation an, wenn auch nur einmal geleistet worden ist (§. 313 b. G. B.), was nicht möglich wäre, wenn es nur eine Summe mehrerer Obligationen gäbe; darum gibt es auch eine Verjährung der Gesammtobligation wegen Nichtausübung derselben durch Einhebung der einzelnen Leistungen (§. 1480). Der gemeinsame Rechtsgrund, welcher eine Reihe der aus demselben hervorgehenden Leistungsverbindlichkeiten zu einem einigen Rechte zusammenkittet, wird aber in das Dasein gerufen durch den concreten Entstehungsgrund des betreffenden obligatorischen Verhältnisses, so z. B. die Verwaltungspflicht durch Mandat, die Alimentationspflicht durch Testament oder durch die eheliche Geburt; darum sagt Windscheid[2]) mit Recht, daß, „wenn gefragt wird, worauf die Einheit einer Obligation beruht, nimmermehr eine andere Antwort gegeben werden könne, als: auf der Einheit des Entstehungsgrundes"; nur werde im gegebenen Falle zuzusehen sein, ob auch wirklich, nicht bloß scheinbar, Einheit des Entstehungsgrundes vorliegt. Wer sich versprechen läßt das Grundstück A und das Grundstück B, läßt sich zweimal versprechen, und nur in der Abkürzung der Rede erscheint der doppelte Act als Einer; der Legatar hingegen, der sich die Auszahlung der ihm hinterlassenen Legate versprechen läßt, läßt sich nur einmal versprechen, denn er faßt die mehreren Legate als Einheit zusammen.

Es ist also eine durch Einen Entstehungsgrund ins Leben gerufene, wenn auch auf mehrere successive oder neben einander zu verrichtende Thätigkeiten gerichtete Obligation regelmäßig nur Eine; die mehreren Thätigkeiten bilden juristisch nur eine, aber eine zusammengesetzte Handlung, und die mehreren Empfangnahmen der einzelnen Leistungen bilden nur Ausübungsacte der Obligation. Eine solche Obligation wird technisch eine zusammengesetzte genannt.

Nach dem Gesagten ist eine zusammengesetzte Forderung auch die zinsbare Capitalsforderung, die Miethzinsforderung, die Alimentationsforderung,

2) Pand. §. 464 Note 4.

Digitized by Google

gleichviel ob die letztere (wie bei einer Leibrente, einer Pension, einer Apanage, einem Ausgedinge der Fall ist) in dem Anspruche auf periodisch wiederkehrende Leistungen besteht, oder auf eine sonstwie geartete stetige Verpflegung gerichtet ist, oder ob sie, wie der Alimentationsanspruch zwischen Eltern und Kindern nur die Berechtigung auf Alimentenreichung in Nothdurftsfällen gewährt; der Nothdurftsfall, der Fall eingetretener Erwerblosigkeit (§§. 141, 154 b. G. B.) bildet nicht den Entstehungsgrund einer selbständigen, sondern den Fälligkeitstermin der bereits bestehenden allgemeinen Alimentationspflicht. Aehnlich verhält es sich mit der Berechtigung des Grundeigenthümers, Waldproducte über den nachbarlichen Grund bringen zu dürfen (Forstgesetz 3. Dec. 1852 §§. 24, 26); der Anspruch auf jede einzelne Ausbringung bildet nicht eine selbständige, sondern nur den Theil einer allgemeinen, aus dem nachbarlichen Verhältnisse hervorgehenden Obligation.[3]) Ebenso ist unbestritten die Reallast nur Eine, wenn auch eine zusammengesetzte Forderung.[4])

Hingegen bildet das Recht auf periodische Entlohnung wegen dauernder Dienstleistung nicht Eine, sondern so viele einzelne Obligationen, als periodische Zahlungen gebühren, weil die Zahlung für jede Periode aus einem anderen Grunde, nämlich für die in dieser Periode geleisteten Dienste gebührt. Es liegen hier mehrere Rechtsgründe, und darum mehrere Obligationen vor, und auch der scheinbar Eine Entstehungsgrund ist factisch nur der abgekürzte Ausdruck mehrerer vereinter Entstehungsgründe (Verträge). Das Gleiche gilt auch von dem Anspruche auf solche periodische Leistungen, deren jede von einer besonderen Bedingung abhängig ist, wie dies beim sog. Annuallegat[5]), bei dem Anspruch auf den Zins aus einer periodisch aufkündbaren Miethe[6]) u. dgl. der Fall ist.

§. 44. Verhältniß der ganzen Obligation zum Anspruch auf die einzelnen Acte.

Bei den zusammengesetzten Obligationen ist insbesondere von Interesse das Verhältniß der ganzen Obligation zu dem Anspruche auf die einzelne Leistung.

---

3) Das Gegentheil scheint Randa anzunehmen, indem er (G. Z. 1871 Nr. 44 Note 35) widerspricht, daß diese sog. Legalservitut an das Eigenthum eines Grundstückes geknüpft ist. — Wie ist es mit der Forderung des §. 850 f. b. G. B.?

4) Gerber Syst. §. 168 Note 2. Sogar Bruns a. a. O. ist mit unserer Behauptung einverstanden. Nur in der Auffassung Walter's Deutsches Pr. R. §. 148 und Unger's Syst. S. 556 f., welche in der Reallast ein zweifaches Element, das Recht im Ganzen und das Recht auf die einzelnen Leistungen unterscheiden, scheint die Annahme zu liegen, daß man es hier nicht mit einem, sondern mit mehreren Rechten zu thun habe.

5) Gerber §. 168 Note 2 a. E. Vgl. auch L. 16 §. 1 D. de V. O. 45 1: Stipulatio hujusmodi in annos singulos una est et incerta et perpetua: non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur. Allein wie ist es denn, wenn der uneheliche Vater zu monatlichen Zahlungen von Sustentationsraten an sein Kind verurtheilt wird?

6) Liegt jeder Zinsrate ein selbstständiger Entstehungsgrund zu Grunde, so sollte §. 1480 b. G. B. darauf nicht anwendbar sein. Das Gegentheil bestimmt aber das Hofd. 22. Aug. 1836 Nr. 151 J. G. S.

Digitized by Google

Daß die einzelne Leistung lediglich Ausübung der Gesammtobligation, und daher der Anspruch darauf nicht selbständige Obligation ist, beweist der Umstand, daß mit der Uebertragung, Verpfändung, Umwandlung oder Erlöschung der Gesammtobligation auch die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen übertragen[1]), verpfändet, umgewandelt oder aufgehoben werden. Dies gilt auch für die Verjährung; wurde eine Forderung auf periodische Leistungen durch 30 Jahre nicht ausgeübt, so geht nicht nur sie selbst, sondern auch der Anspruch auf Nachleistung der einzelnen, an sich noch nicht verjährten Leistungsraten verloren. Aus der Nichtigerklärung der ganzen Forderung folgt auch die Nichtigkeit des Anspruchs auf die einzelne Leistung, wogegen mit der Anerkennung der Verbindlichkeit zur einzelnen Leistung, wenn sie mit Hinsicht auf den allgemeinen Rechtsgrund geschieht, auch die ganze Forderung anerkannt erscheint.

Der Anspruch auf die einzelne Leistung kann jedoch gegenüber der ganzen Obligation eine gewisse selbständige Stellung behaupten, namentlich seine besonderen Schicksale haben, und so der Schein entstehen, als enthalte er eine für sich bestehende Obligation. So kann das Recht auf die einzelnen Bezüge einem Anderen als dem Gläubiger der Gesammtobligation zustehen, z. B. bei Bestellung des Fruchtgenusses an einem zinsbaren Capital oder an einer Reallast oder bei einer von den Gläubigern darauf geführten Execution; ebenso kann das Recht auf die einzelne Leistung selbständig verpfändet, umgewandelt, durch Zahlung, Verjährung u. s. w. aufgehoben, selbständig sichergestellt oder eingeklagt werden. Auch der Fall kann eintreten, daß die Forderung im Ganzen wegen ihrer höchst persönlichen Natur durch den Tod des Gläubigers erlischt (z. B. ein Pensionsbezug), das Recht auf die einzelne, bereits verfallene Leistung aber dennoch von den Erben geltend gemacht werden kann (§§. 687, 1418 a. E.). Dies Alles beweist jedoch nicht das Vorhandensein einer Mehrheit von Forderungen. Denn nicht nur können Rechte, sondern auch deren Ausübung kann an Andere übertragen werden, wie dies namentlich bei gänzlich unübertragbaren Rechten häufig vorkommt; und die Bestellung eines Fruchtgenusses an einer Reallast oder an einem anliegenden Capital ist eben nur die Uebertragung der Ausübung des Gesammtrechtes an den Fruchtnießer. Dieser wird hiedurch berechtiget, die einzelnen fälligen Leistungen im eigenen Namen einzufordern, er wird das Subject der Ansprüche auf dieselben, letztere sind auf ihn übertragen worden. Was sich übertragen läßt, ist auch verpfändbar, und läßt eine selbständige Geltendmachung und Erlöschung zu. Diese selbständige Behandlung der einzelnen Leistungsansprüche ist also nur eine selbständige Behandlung des Ausübungsrechtes der ganzen Forderung. Die Vererbbarkeit der einzelnen fälligen Ansprüche aus einem unvererbbaren Bezugsrechte ist jedoch nicht eine Vererbung des letzteren nach gewissen Theilen;

1) Darauf beruht die Bestimmung des §. 664 b. G. B., wonach das Vermächtniß einer Forderung (abweichend vom §. 686) auch auf die rückständigen Zinsen zu beziehen ist. In gleicher Weise müßte entschieden werden, wenn ein Gut mit Realrechten vermacht werden würde; vom Gute wären die Früchte vom Tode des Erblassers (§. 686), von den Realrechten die Rückstände nach §. 664 dem Legatar zuzuweisen.

Digitized by Google

was der Erbe geltend machen kann, ist nicht der einzelne dem Erblasser zustehend gewesene Leistungsanspruch, sondern ein Anspruch auf Herausgabe dessen, um was der Schuldner zum Schaden des Erben dadurch bereichert erscheint, daß sich dasjenige nicht im Nachlasse befindet, was sich darin befinden würde, wenn der Erblasser seinen ihm bereits zustehend gewesenen Anspruch hätte geltend machen können.

§. 45. Insbesondere Privatmonopole, Bannrechte.

Aus der Betrachtung des juristischen Wesens der zusammengesetzten Obligation lassen sich sehr fruchtbare Consequenzen für die rechtliche Beurtheilung einer Classe von Rechtsinstituten gewinnen, die in den Augen der Mehrzahl der Civilisten eine ganz anomale, räthselhafte Existenz führen, indem sie weder in den Rahmen eines dinglichen, noch eines Forderungsrechtes passen sollen, und die man daher als verkrüppelte Rechtswesen am liebsten aus der Sphäre des Rechtssystems ausschließen möchte. Es sind das jene monopolartigen Berechtigungen, die dem Berechtigten die mehr oder weniger ausschließliche Befugniß zur Unternehmung einer gewinnbringenden Handlung innerhalb eines gewissen Bezirkes gewähren (privatrechtliche Monopole: Regalien, Bannrechte, Industrieprivilegien, Autorrecht, Jagd-, Fischereirecht, Gewerbeconcessionen, Bergbauconcessionen). Ueber die rechtliche Beurtheilung dieser Rechtsinstitute bestehen die verschiedenartigsten Meinungen; der gemeinsame Charakter derselben wurde wohl in der neuesten Zeit[1]) erkannt, jedoch ohne daß damit ein wirklicher Schritt zur richtigen Lösung der Frage geschehen wäre. Wir nehmen zum Ausgangspunkt der Betrachtung die Bannrechte als dasjenige Rechtsinstitut, dessen Theorie sich unter den Civilisten einiger Uebereinstimmung erfreut, um damit einen Weg zur Construction der übrigen zu gewinnen.

Bekanntlich ist das Bannrecht eine Forderung auf ein Unterlassen, speciell der Anspruch gegen die Einwohner eines gewissen Bezirkes, gewisse Bedürfnisse durch keinen Anderen als den Bannberechtigten befriedigen zu lassen. Der Forderung steht hier eine unbestimmte Menge von Verpflichteten (der Einwohner des Bannbezirkes) gegenüber; der Eine so gut wie der Andere ist zur Unterlassung verpflichtet. Die Unterlassung jedes Einzelnen ist eine selbständige Aeußerung des ganzen Forderungsverhältnisses, nicht Gegenstand einer selbständigen Forderung; es bestehen also nicht so viele Forderungen, als Verpflichtete, sondern Eine Forderung mit einer unbestimmten Zahl von Schuldnern — eine zusammengesetzte Forderung. Mit dem Betreten des Bannbezirkes entsteht die Verbindlichkeit zur concreten Unterlassung, nicht das Forderungsrecht selbst; mit dem Verlassen des Bezirkes erlischt erstere, nicht letzteres; es manifestirt sich hierin nur die Selbständigkeit des Anspruchs auf die einzelne Leistung gegenüber der ganzen Forderung, wie dies eine Eigenthümlichkeit der zusammengesetzten Obligation ist. Der Fall, daß Einer Forderung unbeschadet ihrer Einheit eine Mehrheit von Schuldnern gegenübersteht, kommt ja auch bei Real-

1) Von Schäffle.

Digitized by Google

lasten vor; durch jeden Besitzwechsel des belasteten Grundstücks tritt ein neuer Schuldner in dies Schuldverhältniß ein, ohne daß dadurch die Forderung aufhörte die alte zu sein. Befindet sich das Grundstück im Mitbesitze Mehrerer, und ist die Reallast untheilbar, so bestehen auch gleichzeitig neben einander mehrere Schuldner derselben Reallast; was bei letzteren ausnahmsweise vorkommt, bildet bei Bannrechten die Regel; der Unterschied ist nur, daß es sich hier nicht um ein Thun, sondern um ein Unterlassen handelt, und daß man, um Schuldner zu werden, nicht Besitzer des belasteten Grundes und Bodens, sondern nur auf demselben anwesend zu sein braucht. Es ist also auch das Bannrecht Eine Obligation mit einer unbestimmten Zahl von Aeußerungsacten, bestehend in Unterlassungen von Einzelnen; und es sind diese Aeußerungsacte wohl Gegenstand selbständiger Ansprüche, nicht aber separater Obligationen . . .

§. 46. Subjectlose Rechte.[1])

Die herrschende Theorie bezeichnet als zum Wesen eines subjectiven Rechtes gehörig auch ein Subject; es soll im Nachfolgenden untersucht werden, in wie ferne diese Anschauung richtig ist.

Da jedes Recht ein Machtverhältniß ist, und ein solches vom objectiven Recht nur zu Gunsten einer bestimmten Person geschaffen wird, so scheint es, daß kein Recht ohne Subject existiren könne, und in der That bezeichnet Jhering[2]) dies als eine der unbestreitbarsten selbstverständlichsten Wahrheiten, und die Statuirung eines Rechtes ohne Subject als den Abgrund der civilistischen Logik. Mit Jhering stimmen überein Arndts[3]), Böhlau[4]) u. A. Hingegen treten als Verfechter der Möglichkeit subjectloser Rechte auf Windscheid[5]), Köppen[6]), Demelius[7]), Schirmer[8]), Bruns[9]), Brinz[10]), Unger[11]) u. A., und in der That gibt es Rechtslagen, in denen die Existenz eines Rechtes, obwohl demselben ein Subject fehlt, nicht zu bestreiten ist. Es mögen diesfalls folgende Fälle hier hervorgehoben werden:

Rechte, die activ an irgend einen fortdauernden Zustand, z. B. an den Besitz einer bestimmten Sache gebunden sind, so daß sie nur dem jedesmaligen Besitzer oder Eigenthümer der Sache zustehen, wie Prädialservituten und andere Realrechte, Forderungen aus Ordre- oder Jnhaberpapieren, sind factisch subjectlos, wenn sich vorübergehend Niemand in dem betreffenden Zustande z. B. in dem Besitze des Jnhaberpapiers befindet; daß sie durch diese vorübergehende Subjectlosigkeit nicht erlöschen, erhellt daraus, daß der spätere Besitznehmer dasselbe Recht, wie der frühere hat. — Ein Vermögen kann testamentarisch einer künftigen, noch ungeborenen Person zugewendet werden (Hofd. 29. Mai 1845); ist über den mittlerweiligen Genuß nichts

1) Vgl. Grundriß Anm. bei §. 45.
2) Dogmat. Jahrb. X. S. 390, 432.
3) Pand. §. 21 Anm. 1.
4) Rechtssubj. und Personenrolle S. 4.
5) Pand. §. 49. Actio S. 234 f., Krit. Ueberschau VI. S. 219 f.
6) Erbschaft §. 1. Erbrecht S. 235 f.
7) Rechtsfiction S. 79, 82, 85, u. in Jherings Jahrb. IV. 2.
8) Erbrecht §. 3.
9) Holtzendorff's Encyclop. I. S. 270.
10) Pand. 1. Aufl. S. XI, 979 f., 2. Aufl. §. 59f.
11) Erbrecht §. 7 A. 5, 12.

Digitized by Google

bestimmt, so kommt er dem Intestaterben zu (§. 707 b. G. B.), und dann ist dieser das mittlerweilige Subject des Vermögens (§§. 707, 613); wird aber bestimmt, daß die Früchte mittlerweile angesammelt und zum Stammvermögen geschlagen werden sollen, dann besteht wohl ein Vermögen, das ist ein Inbegriff zusammengehöriger Rechte und Verbindlichkeiten, aber einstweilen kein Subject. — Ebenso sind die in der ruhenden Erbschaft begriffenen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten thatsächlich subjectlos, was besonders dann nicht bestritten werden kann, wenn eine erblose Verlassenschaft wegen Ueberschuldung vom Fiscus nicht in Anspruch genommen, sondern zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird. — Aehnlich verhält es sich, wenn eine juristische Person vom Staate aufgehoben wird, da ein Uebergang ihres Vermögens an den Staat nur in den seltensten Fällen Platz greifen wird. — Endlich kann eine Subjectlosigkeit sehr leicht bei Verpfändungsverhältnissen eintreten. Das eigentliche Object des Sachenpfandrechtes ist nämlich nicht die Sache, sondern das Eigenthum an derselben; wird dieses derelinquirt, so bleibt es demungeachtet als subjectloses das Object des Pfandrechtes. Ist eine Forderung verpfändet, so erlischt sie zwar durch Zahlung, Verzicht u. s. w., immer jedoch unbeschadet des auf ihr haftenden Pfandrechtes, wenn jene Erlöschung wirkenden Thatsachen ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers erfolgt sind (§. 21 Gb. G. §. 455 b. G. B.). Die verpfändete Forderung verharrt also fortan, zwar als gläubigerlose, also als subjectlose, in ihrer Stellung als Pfandobject.

Diese Betrachtungen führen zu dem nicht wegzuleugnenden Ergebniß, daß der Bestand eines Subjectes zum Wesen eines Rechtes nicht unumgänglich nothwendig ist; nur soviel muß zugestanden werden, daß ein Recht ohne Subject nicht *entstehen* kann; einer Fortdauer ist es auch ohne Subject fähig. Damit werden jene abenteuerlichen Theorien vermieden, welche die gegentheilige Anschauung zu Tage gefördert hat, als: daß Grundstücke juristische Personen seien[12]), daß der Wechsel selbst Gläubiger der Wechselforderung[13]), oder daß er eine juristische Person sei, daß ein Amt Rechtssubject sein könne[14]) u. dgl.

Ein Recht kann endlich mehreren Subjecten gemeinsam zustehen, wie dies z. B. beim Miteigenthumsrecht der Fall ist. Hier ist das Recht nicht etwa in mehrere Theilrechte getheilt, sondern es besteht noch immer ein einziges Recht mit mehreren Subjecten (§. 825), welche sich daher, da hier nur *eine* gemeinsame rechtliche Macht vorliegt, zu einem gemeinsamen Wollen vereinigen müssen, um es auszuüben, insoweit nicht das Gesetz aus Billigkeitsgründen das Wollen Eines oder Einiger als das Wollen Aller ansieht (§. 833 f.). Darum heißt es denn §§. 361, 828, daß die mehreren Subjecte zusammen nur Eine Person vorstellen. Was hier getheilt ist, ist nur der Vermögenswerth des Rechtes, und es kann daher jeder Theilhaber über diesen Werththeil, den sog. *Antheil* beliebig verfügen (§. 829), und damit einen Anderen zum Mitberechtigten machen.

12) Böcking Inst. §. 62 d, Pand. I. §. 38.
13) Volkmar und Löwy Deutsche W. O. S. XII. f., 253.
14) Bekker Dogmat. Jahrb. XII. S. 55 f. u. A.

Digitized by Google

§. 48. Das Vermögen.

Die Gesammtheit der einer Person zustehenden Privatrechte läßt sich — wenn man von den Familienrechten absieht — regelmäßig in Geld veranschlagen (schätzen), und so ihr Gesammtwerth ermitteln; ebenso läßt auch in der Regel die Gesammtheit der Schulden einer Person — nicht auch ihrer übrigen Verbindlichkeiten[1]) — eine solche Veranschlagung zu. Die Gesammtheit der sogestaltig auf Geld reducirbaren Privatrechte und Verbindlichkeiten[2]) einer Person[3]) heißt ihr Vermögen[4]), die Rechte und Verbindlichkeiten selbst vermögensrechtliche; im weiteren Sinne werden jedoch auch unschätzbare Rechte und Schulden dazu gezählt.[5]) Diese Reduction zeigt die Quantität des Vermögens bald als ein Plus, bald als ein Minus, bald auch als Null, und ist in allen Fällen nothwendig, wo es lediglich auf diese Quantität und nicht auf die einzelnen Vermögensbestandtheile ankommt, wie z. B. bei der Ermittlung der Zahlungsfähigkeit einer Person, bei der Bemessung des Pflichttheils, bei der Vertheilung der Erbschaft, bei der Frage nach dem Umfang der Haftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern u. s. w. Das Vermögen als solches ist häufig Gegenstand von Rechtsgeschäften (vgl. §§. 944, 1278, 1177 u. a.) oder sonst Gegenstand juristischer Betrachtung, wie namentlich im Erbrechte. Die Einheit, die wir dem Vermögen zuschreiben, ist gegründet in der Person des Inhabers; es kann daher eine Person im Allgemeinen nur Ein Vermögen haben. Für bestimmte Zwecke aber läßt sich dieser einmal für sich ausgebildete Begriff auch auf irgend eine andere, künstlich angenommene Begrenzung übertragen, so daß dann Eine Person auch mehrere Vermögen haben kann.[6]) Dies ist insbesondere der Fall, wenn aus einem bestimmten Rechtsgrunde gegen die sonstige

1) Denn welchen Werth hätte z. B. die Verbindlichkeit, fremdes Eigenthum nicht zu beschädigen?

2) Unter diese Verbindlichkeiten, die als sog. Passivstand von dem Activstande in Abzug gebracht werden müssen, gehören also nur die obligatorischen (die Schulden), nicht auch z. B. die Verbindlichkeit des Eigenthümers eines mit einer Servitut belasteten Grundstückes, sich diese gefallen zu lassen. So wenig bei der Berechnung des Vermögens des Eigenthümers eines emphyteutischen Grundstückes der ganze Werth des Grundstückes in den Activstand, der Werth der Emphyteuse hingegen in den Passivstand gesetzt wird, ebensowenig ist bei der Berechnung des Werthes eines servitutspflichtigen Grundstückes der ganze Werth des letzteren in den Activstand aufzunehmen.

3) Welcher Person? darüber ist nicht immer der Umstand entscheidend, wer Subject des Rechtes oder der Verbindlichkeit ist; in gewissen Repräsentationsfällen ist ein Anderer das Subject des Rechtes oder der Verbindlichkeit, als derjenige, zu dessen Vermögen dieselben gehören; so bei der Commission (H. G. B. Art. 368), bei der Assignation u. s. w. (Aehnlich im röm. R. bei der Cession.) Die Frage ist wichtig für Cridafälle, da zur Concursmasse nur das Vermögen des Cridatars gehört, Rechte also, deren Subject er zwar ist, die aber in das Vermögen eines Anderen gehören, davon ausgeschieden werden müssen.

4) Savigny I. S. 375 f. Unger I. S. 380. Bekker Dogmat. Jahrb. XII. S. 129.

5) Z. B. die Forderung aus einem Verlagsvertrage, das Werk unter dem Publikum zu verbreiten. Mit Unrecht beschränkt man regelmäßig den Begriff der Vermögensrechte und der Verbindlichkeiten auf die schätzbaren; so auch Unger a. a. O.; vgl. auch S. 490 Note 5.

6) Savigny S. 378 f., Bekker a. a. O. S. 71 f.

Digitized by Google

allgemeine Regel die Schulden einer Person nicht als auf ihrem ganzen Vermögen, sondern nur als auf einem Theile haftend angesehen werden, so daß verschiedene Vermögensmassen derselben mit abgesondertem Activ- und Passivstand entstehen; darnach bilden z. B. das Familienfideicommiß- und das Lehensvermögen, eine Substitutionsmasse, die particulare Gütergemeinschaftsmasse der Ehegatten, das Vermögen einer Handelsgesellschaft, die nach §. 812 b. G. B. von dem Vermögen des Erben abgesonderte Verlassenschaft u. s. w. besondere Vermögensmassen einer Person.[7])

§. 49. Gebundene und ungebundene Rechte.[1])

Die Verknüpfung eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit mit einer Person geschieht regelmäßig durch irgend ein das bestimmte Individuum betreffende Ereigniß, welches in einem Thun oder Leiden dieser Person besteht; daneben gibt es aber auch eine abweichende mehr künstliche Verknüpfungsweise[2]), wonach das Recht oder die Verbindlichkeit oder beide an einen gewissen fortdauernden Zustand[3]), z. B. an den Besitz einer Sache derart gebunden ist, daß nur jene Person, welche sich in diesem Zustand befindet, und nur solange, als dies der Fall ist, als Subject dieses Rechtes oder dieser Verbindlichkeit angesehen wird.[4]) Rechte oder Verbindlichkeiten dieser Art nennen wir gebundene[5]), im entgegengesetzten Falle ungebundene.[6])

---

7) So wird im röm. R. die dos und das peculium als ein eigen begrenztes Vermögen angesehen. Savigny S. 378. In der österr. Gerichtssprache nennt man solche abgesonderte Vermögen „Massen".

1) Savigny Syst. II. S. 377, 378. Obl. R. I. §. 15. Unger I. S. 568 f., Gerber §. 156. 166. Windscheid §. 50, 291. Ihering Dogmat. Jahrbücher X. S. 444 f. Bekker ebda. XII. S. 40 f., vgl. auch Laband Civ. Archiv LII. S. 151 f. [Krainz G. Z. Nr. 95 f.]

2) Fast wörtlich nach Savigny Obl. R. I. S. 132.

3) Savigny a. a. O. und Unger S. 568 sagen: „an eine allgemeine, mit den verschiedenen Individuen vereinbare Eigenschaft"; Windscheid §. 291 (ähnlich Ihering S. 444 und Bekker S. 40): an ein gewisses Verhältniß; den Ausdruck „Zustand" gebraucht Gerber §. 166. Dies ist die passendste Bezeichnung, da z. B. die Anwesenheit in einem gewissen Bezirke, die bei monopolsartigen Rechten das entscheidende Moment ist, wohl ein Zustand, aber weder eine Eigenschaft, noch ein Verhältniß ist.

4) Das Rechtssubject ist allerdings auch hier ein bestimmtes, nur geschieht die Bestimmung desselben auf eine andere Art, als bei den übrigen Rechten. Mit Unrecht spricht daher Windscheid a. a. O. in diesem Falle von einer Unbestimmtheit des Subjects. — Von diesem Falle unterscheidet Windscheid den anderen, „wo zwar auch die Gläubigerschaft und Schuldnerschaft von einem Verhältniß der Person abhängt, aber derjenige, welcher durch das betreffende Verhältniß einmal zum Gläubiger oder Schuldner gemacht worden ist, es auch definitiv bleibt, gleichviel ob er fortfährt, in diesem Verhältniß zu stehen oder ob er aus demselben heraustritt". Diesen wichtigen Unterschied übersieht Unger S. 568, indem er die Erbeinsetzung einer persona incerta (z. B. „wer zuerst auf mein Grab kommen wird") und die Inhaberpapiere als gleichartige Fälle nebeneinander stellt.

5) Auch der Ausdruck: „Zustandsrechte" würde passen.

6) Der Ausdruck: „Personalrechte", den Unger S. 569 mit Berufung auf Wächter Erört. I. S. 108 f., freilich nur im Gegensatz zu Realrechten braucht, ist wenig empfehlenswerth, wenn er auch einen Anhaltspunkt in dem allgemein gebräuchlichen Ausdrucke: „Personalservitut" findet; allein er führt leicht zu Verwechslungen mit „persönlichen" Rechten und Personenrechten.

Digitized by Google

Der Unterschied zwischen diesen beiden Gattungen von Rechtsverhältnissen ist außerordentlich wichtig. Während bei den ungebundenen Rechten und Verbindlichkeiten die bestimmte Entstehungsthatsache für sich genügt, um die Person zum Subject des Rechtes oder der Verbindlichkeit zu machen, hat sie bei gebundenen Rechten und Schulden diese Wirkung nur dann, wenn sich die Person zugleich in dem betreffenden Zustande befindet; während sonach ungebundene Rechte durch Erbgang, Veräußerung, Ersitzung, ungebundene Schulden durch Erbgang oder Schuldübernahme auf eine andere Person übertragen werden, wird bei gebundenen Rechten und Verbindlichkeiten der Uebergang auf eine andere Person lediglich durch ihr Eintreten in den betreffenden Zustand vermittelt.

Die gebundenen Rechte können sowohl dinglicher als obligatorischer Natur sein; die gebundenen Verbindlichkeiten gehören durchaus dem Obligationenrechte an.

Gebundene Rechte erscheinen hauptsächlich verknüpft mit folgenden Zuständen: [7])

1) Mit dem Eigenthum[8]) eines Grundstückes. Die hieher gehörigen Rechte heißen Realrechte.[9]) Es zählen zu ihnen insbesondere: a) die Prädialservituten[10]) (§§. 473, 474 b. G. B.); b) die Rechte aus der Grundnachbarschaft (sog. Nachbarrechte) als: Der Anspruch auf Grenzregulirung (§§. 850—853), auf Herstellung und Erhaltung von Scheidewänden (§§. 854—858), auf Cautionsleistung wegen drohenden Einsturzes einer fremden Sache (§. 343), auf Gestattung der Ausbringung von Waldproducten, und der Holztrift über fremden Grund und Boden[11]) (Forstgesetz vom 3. December 1852 §§. 24, 26)[12]) u. s. w.; c) viele Reallasten,

7) Auch nach röm. R. gehören zu den gebundenen Rechten: a) mehrere Realrechte, als: die Prädialservituten, die Rechte aus der Grundnachbarschaft, gewisse Realprivilegien, wie die aqua ex castello (L. 1 §. 43 D. 43, 20), die Steuerfreiheit (L. 3 §. 1 D. 50, 15; vgl. Unger S. 574 Note 23. Savigny II. S. 377 f.); b) „die infolge eines Nießbrauchs und anderer dinglicher Rechte zwischen dem Inhaber und dem Eigenthümer der Sache als bloße Folgen des Eigenthums und der jura in re entstehenden Obligationen" (Savigny Obl. R. II. S. 89; vgl. auch I. S. 133); dahin gehört insbesondere der Anspruch des Servitutsberechtigten bei der servitus oneris ferendi gegen den Eigenthümer auf Erhaltung der Sache (Windscheid §. 291 Note 1); c) die mit der Gemeinschaft verbundene actio communi dividundo und der Anspruch auf gemeinsame Erhaltung. Daß die mit der Gemeinschaft und der Grundnachbarschaft verbundenen obligatorischen Ansprüche hieher gehören, wird von den Romanisten ganz übersehen. Vgl. übrigens jetzt Ihering S. 444 und Bekker S. 42.

8) Nicht „mit dem Besitz", wie es minder richtig im §. 298 b. G. B. heißt: vgl. Unger S. 575 f. Darum kann wohl der Eigenthümer, nicht aber auch der bloße Besitzer auf das Realrecht wirksam verzichten.

9) Unger S. 568.

10) Nach Ihering S. 444 das einzige im röm. R. vorkommende Beispiel.

11) Randa G. Z. 1871 Nr. 44 bestreitet, daß die Legalservituten gebundene Rechte und insbesondere, daß sie an das Eigenthum eines Grundstückes geknüpft seien.

12) Aehnlich ist der Anspruch des Bergbauberechtigten auf Gestattung der Benutzung der erforderlichen Wege zum Zwecke des Bergbaues; indessen kann das dem Gewerken gehörige Grubenfeld nicht als ein Grundstück und daher der er-

Digitized by Google

wie namentlich die ehemaligen gutsherrlichen und Zehentrechte[13]); d) viele privatrechtliche Monopole, wie insbesondere die Bannrechte[14]), das Jagd- und das Fischereirecht, die radicirten Gewerbe; e) manche dem öffentlichen Rechte angehörigen Privilegien, als: das Patronatsrecht (§. 1471), die Landstandschaft, die Steuerfreiheit neugebauter Häuser u. s. w.

2) Mit dem Eigenthum einer belasteten (beweglichen oder unbeweglichen) Sache. Hieher gehört der Anspruch des Pfandeigenthümers auf sorgfältige Verwahrung (§§. 459, 1369)[15]), und eventuell auf Ersatz wegen zufälliger Beschädigung (§. 460), der Anspruch des Servitutspflichtigen gegen den Servitutsberechtigten auf Erhaltung der dienstbaren Sache (§§. 483, 513), und auf Veranstaltung, daß die Servitut möglichst wenig lästig werde (§§. 484, 488, 489, 491).[16])

3) Mit dem Besitz[17]) einer beweglichen Sache. Hieher gehören die Forderungen aus den Inhaber-[18]) und den Ordrepapieren[19]) (Dispositivurkunden).

4) Mit dem Zustande des Eingetragenseins in das öffentliche Buch (Intabulation).[20]) Von dieser Art sind, wo Grundbücher oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, alle dinglichen Rechte an den darin eingetragenen Grundstücken, sowie alle darauf intabulirten Forderungen[21]); sie werden lediglich durch Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt (§. 321 b. G. B.), und lediglich durch Löschung aus denselben aufgehoben. (§. 350).[22])

---

wähnte Anspruch nicht als ein Realrecht angesehen werden.

13) Savigny II. S. 377. Gerber §. 169 a. E. erwähnt auch der Reallasten, welche an ein Amt gebunden sind; allein in diesem Falle ist der Beamtete nicht der Eigenthümer des Grundstücks, das berechtigte Subject der Reallast, sondern deren Nutznießer; die Reallast steht in solchem Falle dem Staate oder der Kirche oder der Gemeinde zu; vgl. Windscheid §. 57 Note 10 und §. 50 (wo er jedoch die Reallast als subjectlos erklärt).

14) Savigny II. S. 378.

15) Randa a. a. O. behauptet hingegen, die Subsumtion der cit. §§. unter gebundene Rechte sei nicht stichhaltig, denn diese Contractsverpflichtungen seien nicht an das Eigenthum der Pfandsache geknüpft.

16) Vgl. Savigny Obl. R. I. S. 133 f. II. S. 89.

17) Randa a. a. O. Note 35 bemerkt, daß er bei Inhaber- und Ordrepapieren mit Goldschmidt Ztschr. f. Handelsrecht VIII. S. 315, 330, IX. S. 62 nicht den Besitz, sondern das Eigenthum für maßgebend halte.

18) Werenberg Jur. Zeitschr. f. d. Königr. Hannover 1859 S. 276 f. meint, daß bei Inhaberpapieren der Entstehungsgrund der Obligation lediglich in dem Zustande des Besitzes des Papieres liegen solle. Aehnlich Hoffmann im Arch. f. d. Wechselr. V. S. 256 f.; dagegen Kuntze Inh. Pap. S. 332.

19) Uebereinstimmend Windscheid §. 291 Note 2, 3. Gerber §. 156. Unger S. 568 Note 4 (letztere Zwei jedoch nur hinsichtlich der Inhaberpapiere). Vgl. Kuntze Wechselrecht S. 312 f. Excurse zu §. 602 f. Bähr Anerkennung §§. 59, 60, 63—66. Brinz Pand. S. 424.

20) Bekker S. 42 bezeichnet die Grundbuchsfolien als Träger der bücherlichen Rechte.

21) Bei intabulirten Forderungen gilt daher die Cession nur als Rechtstitel.

22) Randa a. a. O. hingegen stimmt Exner Publicitätsprinc. (S. 32 Note 36) bei, wonach bei bücherlichen Rechten von gebundenen Rechten nicht die Rede sein könne; „denn nicht die Thatsache der Eintragung an sich ist entscheidend, sondern der ganze Complex der materiell-

Digitized by Google

5) Mit dem Zustande der Rechtsgemeinschaft. Dieser Zustand gewährt jedem Gemeinschafter gegen die übrigen den Anspruch auf Miterhaltung der Sache (§§. 839, 856, 483), ferner auf Theilung des Erträgnisses, sowie der Sache selbst (§. 830).

Den gebundenen Schulden[23]) hingegen dienen regelmäßig folgende Zustände zur rechtlichen Basis:

1) Besitz eines Grundstückes. Die Verbindlichkeiten, welche den jedesmaligen Besitzer eines Grundstückes treffen, mag er den Besitz wie immer erworben haben, sind: a) alle Reallasten[24]) (vgl. §§. 360, 530 b. G. B.); b) die oben erwähnten Verbindlichkeiten aus der Grundnachbarschaft; c) Verbindlichkeiten, welche auf ein Grundstück nicht zum Zwecke der Erwerbung des Pfandrechtes, sondern zu dem Zwecke intabulirt worden sind, um jeden Besitzer zum Schuldner zu machen, wie: Das intabulirte Wiederkaufsrecht (§. 1070), das Vorkaufsrecht (§. 1073), das Bestandrecht (§. 1095), das Fruchtpfändungsrecht (§§. 457, 632 b. G. B. Hofd. 7. April 1798 [Wessely I. Nr. 1226], §. 320 a. G. O.), Ansprüche aus intabulirten Demolirungsreversen (Min. Erl. 21. December 1859 R. G. B. Nr. 10), Kaufrechten u. s. w.; d) mehrere Arten von gesetzlich auf Grundstücken haftenden Zahlungspflichtigkeiten, wie: die Grundsteuern[25]), die Grundlastenentschädigung[26]), die sog. Vermögensübertragungsgebühren

---

rechtlichen Voraussetzungen, unter denen die Eintragung mit einhergeht. Es ist daher nicht abzusehen, was mit dieser neuen Formulirung gewonnen ist." Weiter bemerkt er, daß die von mir angeführten Fälle der gebundenen Rechte „so grundverschieden sind, daß eine gemeinsame Behandlung derselben in engeren Grenzen nahezu werthlos, in weiteren bedenklich, ja geradezu unmöglich sein dürfte".

23) Nach röm. Recht gehören hieher: a) die öffentlichen Lasten, wie die Grundsteuer, die Spanndienste (angariae), die Communallasten (z. B. die Verbindlichkeiten zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten, als Cloaken, Wasserleitungen, Wege u. dergl.) So Holzschuher 1. Aufl. II. 1. S. 326. Zweifelnd Windscheid §. 291 Note 1 hinsichtlich der Grundsteuer; allein vgl. L. 7 pr. D. de publican. 39. 4.: In vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri; b) die mit einer actio in rem scripta verfolgbaren Obligationen, wie jene aus dem Zwange, aus der Beschädigung durch ein Thier oder einen Sclaven. Savigny Syst. II. S. 378, Obl. R. I. S. 134, Windscheid §. 50; c) die Verbindlichkeiten aus der Grundnachbarschaft; d) jene aus der Rechtsgemeinschaft; e) die Verbindlichkeit des Grundeigenthümers bei der servitus oneris ferendi zur Alleinerhaltung der dienstbaren Sache, welche in L. 6 §. 2 D. si serv. vind. 8, 5 ausdrücklich als eine Verpflichtung des Grundstückes bezeichnet wird. Windscheid §. 291 Note 1. Walter Syst. §. 148 Note 1. Bekker S. 42.

24) Savigny System II. S. 377, Obl. R. I. S. 134, Gerber §§. 167, 168. Hieher gehört wohl auch die Leistungspflicht aus einer Wassergenossenschaft, welche im §. 23 Ges. 30. Mai 1869 als eine Grundlast erklärt wird, die durch Erwerb eines genossenschaftlichen Grundstückes übernommen und durch Veräußerung auf den Nachfolger gewälzt wird.

25) Vgl. Unger I. S. 566; die Rückstände genießen jedoch ein Pfandrecht an dem Grundstück (Hofd. 16. Sept. 1825 und 14. Febr. 1840. Wessely Nr. 1298 und 1709; vgl. auch Unger S. 563 Note 34).

26) Nach Unger I. S. 573 Note 19 ein Realrecht; die Rückstände genießen jedoch die Privilegien der Grundsteuer (Pat. 4. März 1849 §. 22. Just. M. E. 29. Sept. 1852 Nr. 198).

Digitized by Google

(Gebührengesetz §. 72)[27]), die Feuerlöschkosten[28]) (Hofkriegsraths-Circul. 27. April 1824, Wessely I. Nr. 1731); e) manche Verbindlichkeiten der Lehen- und Familienfideicommißbesitzer zur Alimentation gewisser Familienglieder[29]) u. s. w.

2) Der Besitz einer beweglichen Sache. Die von gewissen Gegenständen zu entrichtenden Zölle und Verbrauchsabgaben, sowie die bezüglichen Vermögensstrafen haften auf der betreffenden Sache selbst, und können daher von jedem Besitzer derselben eingefordert werden.[30]) (Z. u. St. M. O. §§. 200—206, 244. G. St. G. §§. 152 f., 893. Verordnungen bei Wessely I. Nr. 1711, 1713, 1714.)

3) Der Besitz[31]) einer belasteten (beweglichen oder unbeweglichen) Sache. Hieher gehört bei der Servitut des Fruchtgenusses die Verbindlichkeit des Servitutspflichtigen zur Entschädigung des Fruchtnießers wegen unterlassener Baufführung (§. 515 b. G. B.), bei der Servitut des Gebrauches die Verbindlichkeit zur Erhaltung der dienstbaren Sache in gutem Zustande (§. 508).

4) Der Besitz eines dinglichen Rechtes an einer fremden Sache. Hieher gehören die oben erwähnten Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers[32]), des Servitutsberechtigten[33]), des Colonen[34]) und des Superficiars gegenüber dem Eigenthümer, sowie auch gewisse Verbindlichkeiten derselben gegenüber Dritten.[35])

5) Die Rechtsgemeinschaft. Sie verpflichtet sämmtliche Gemeinschafter zur Miterhaltung[36]) der Sache, zur Theilung des Ertrages und eventuell der Sache selbst.

6) Die Anwesenheit in einem gewissen Bezirke. Sie ist die

27) Daß sie nicht schon ipso jure ein Pfandrecht genießen, folgt aus der Min. V. 13. Decemb. 1852 Nr. 256 R. G. B.

28) Unger I. S. 556 Note 8.

29) Vgl. Gerber §§. 156, 166.

30) Unger I. S. 556 Note 8. Nach deutschem Recht die Bodmereischuld, die Haftung der Frau für Schulden des Mannes. (Die Schuld des Commanditisten?).

31) Eigentlich: Eigenthum (§§. 515, 508); es wird aber dennoch der Beweis des bloßen animus rem sibi habendi zur Passivlegitimation genügen, umsomehr als es nicht angeht, den wirklichen Eigenthümer, der nicht zugleich Besitzer ist, zu dem Aufwande bezüglich einer Sache zu verhalten, von welcher er keinen Nutzen hat.

32) Uebereinstimmend Savigny Obl. R. I. S. 133 f.

33) Savigny S. 133, welcher bemerkt, daß die zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer bestehende Obligation unabhängig ist von der ursprünglichen Begründung des Nießbrauchs, also nicht etwa als Folge des Vertrages zu denken ist, durch welchen der Nießbrauch entstanden sein mag. Sie geht vielmehr auf Jeden, der zu irgend einer Zeit Inhaber des Eigenthums oder des Nießbrauchs sein mag, auch wenn durch spätere Thatsachen eine völlige Veränderung in den ursprünglichen Berechtigten (selbst durch Ersitzung) eingetreten sein mag.

34) Ebenso rechnet Savigny a. a. O. die Emphyteuse hieher. Unger I. S. 554 f. meint zwar, die Verbindlichkeiten des Colonen seien rein persönlich, hervorgehend aus dem Verleihungsverhältnisse; sie dürften aber sicher auch klagbar sein, selbst wenn kein specieller Gewähr- oder Maierbrief ausgefertigt worden sein sollte.

35) Wie z. B. die Verpflichtung des Fruchtnießers oder des Colonen aus der Grundnachbarschaft, die Percentualgebührenpflicht bei Intabulationen (Gebührengef. §. 72).

36) Auf diesem Gesichtspunkte beruht

Digitized by Google

Grundlage der aus Monopolen hervorgehenden Verbindlichkeit zur Unterlassung der das Interesse des Monopolberechtigten beeinträchtigenden Handlung, welche daher nur innerhalb des Bezirkes, nicht auch außerhalb desselben unterlassen werden muß. Die hauptsächlichsten Monopole sind[37]): die Bannrechte[38]), die Regalien, die Gewerberechte, die Industrieprivilegien, das Autorrecht, das Jagd- und das Fischereirecht, die Bergbauconcession.[39])

Die den gebundenen Rechten zur Grundlage dienenden Zustände sind hienach theils Rechte, theils rein factische Verhältnisse. Im ersten Falle bestehen immer zwei enge mit einander verbundene Rechte, von denen das eine, den Zustand bildende, das Hauptrecht, das andere nur ein Nebenrecht ist, und von denen daher immer ersteres für die juristischen Schicksale des letzteren maßgebend ist. Dies gilt insbesondere von den Realrechten, deren Basis das Eigenthum an einem Grundstücke bildet; wer letzteres erwirbt, erlangt ipso jure auch erstere (§. 442), und wird das Grundstück verpfändet oder zum Fruchtgenusse bestellt, so beziehen sich Pfandrecht und Fruchtgenuß immer auch auf das nur eine Erweiterung des Grundeigenthums bildende Realrecht (§§. 455, 457, 511). Und weil die Regeln über Erwerbung, Belastung und Aufhebung des Grundeigenthums auch für die anklebenden Realrechte maßgebend sind[40]), so werden letztere vom Gesetze wie ersteres zum unbeweglichen Vermögen gerechnet (§. 298 b. G. B.).

Gebundene Rechte und Verbindlichkeiten haben entweder eine bestimmte Sache zu ihrem Träger, welche gewissermaßen das Subject derselben bildet, und dadurch bewirkt, daß das Recht fortdauert, wenn sich auch Niemand in dem bestimmten Zustande (der Verbindung mit der Sache) befindet[41]) (wie Realrechte, Reallasten, Monopole) — oder es fehlt ein solcher Träger, und dann darf, soll das gebundene Recht als solches fortbestehen, der Zustand keinen Augenblick aufgehört haben (wie bei intabulirten Rechten).

Gebundene und ungebundene Rechte bilden übrigens nicht durchaus so streng geschiedene Classen von Rechten, daß nicht das einzelne Recht aus

---

auch die im §. 483 b. G. B. normirte Verbindlichkeit zur gemeinschaftlichen Erhaltung der dienstbaren Sache.

37) Von diesen obligatorischen Verhältnissen pflegen die gemeinrechtlichen Schriftsteller nur die Bannrechte hieher zu zählen. So Savigny Obl. R. I. S. 134. Gerber §. 156.

38) Savigny Syst. II. S. 378 f.

39) Man könnte versucht sein, als für die passive Seite maßgebenden Zustand zu erklären auch den Besitz eines Rechtes überhaupt, wohin dann zu rechnen wäre die nach §. 72 des Gebührengef. auf der Verlassenschaft haftende Verpflichtung zur Entrichtung der Vermögensübertragungsgebühr und die Verbindlichkeit des Gewerken zur Leistung einer Zubuße (eines Actionärs zur Nachzahlung). Allein erstere ist nur eine gewöhnliche Verlassenschaftsschuld, letztere eine bloße conditio juris, etwa wie die Verbindlichkeit des Wechselinhabers zur Präsentation und Notification.

40) Das mit einem nicht eingetragenen Grundstücke verbundene Realrecht wird also ebenfalls durch Tradition erworben und übertragen; allein die Erwerbung beruht in Wirklichkeit nicht auf der Thatsache der Tradition, sondern auf dem dadurch begründeten Zustande des Eigenthums. So hat also Unger Recht und Unrecht, wenn er S. 579 Note 44 sagt, daß hinsichtlich der Erlöschung der Realrechte nicht besonderes gelte.

41) Darum bildet in diesem Falle der Untergang der erwähnten Sache eine besondere Erlöschungsart des gebundenen Rechtes; vgl. Unger S. 579 Note 44.

Digitized by Google

der einen in die andere Classe übergehen könnte. So wird eine Forderung durch Intabulation oder Ausstellung eines Inhaberpapiers zum gebundenen Rechte, und umgekehrt können die Extabulation, bei Inhaber- und Ordrepapieren die Amortisation, bei radicirten Gewerben deren Trennung von dem Gute[42]) ein gebundenes Recht zum ungebundenen umwandeln. Inwieweit derlei Uebergänge zulässig sind, wird an anderer Stelle erörtert werden.

Unter den ungebundenen Rechten gibt es eine Gattung, welche an die Person des Berechtigten so strenge geknüpft sind, daß sie eine Uebertragung an Andere gar nicht zulassen (§§. 442, 1393 b. G. B.), und daher mit dem Tode erlöschen (§. 1448); man nennt sie höchst persönliche Rechte (jura personalissima).[43]) Ebensogut gibt es höchst persönliche Verbindlichkeiten. Der Fall tritt ein, wenn das Rechtsverhältniß auf rein persönlichen Zuständen und Verhältnissen des Berechtigten oder Verpflichteten beruht (§§. 531, 918 b. G. B.). Darum gehören zu den höchst persönlichen Rechten die Personalservituten (§. 529), die verschiedenen Leibzuchtsansprüche (§§. 1418, 1285, 955, 1242, 1255 u. a.), das Wiederkaufsrecht (§. 1070), das Vorkaufsrecht (§. 1074) u. a., zu den höchst persönlichen Verbindlichkeiten jene aus der Societät (§§. 1186, 1206), aus dem Mandat (§. 1022), aus einer Dienstmiethe, wobei es auf die besondere Geschicklichkeit des Arbeiters ankommt (§. 1162) u. s. f. Der Ausübung nach lassen sich manche dieser Rechte übertragen, wie z. B. das Fruchtgenußrecht (§. 509), andere lassen auch diese Uebertragung nicht zu, wie der Gebrauch (§. 507).

§. 51. Theilbare und untheilbare Rechte.

Der Begriff der Theilbarkeit eines Rechtes ist ein ungemein bestrittener, indem Einige solche Rechte als theilbar bezeichnen, deren Gegenstand eine Theilung zuläßt[1]), während Andere unter der Theilung eines Rechtes verstehen die Theilung seines Inhaltes unter mehrere Personen, wodurch diese dem getheilten Recht gleichartige Rechte erhalten, wobei aber der Gegenstand ungetheilt bleiben kann.[2]) Die erste Anschauung führt nothwendig zu dem vom Gesetze verworfenen Satze, daß Prädialservituten theilbar seien (§§. 485, 844 b. G. B.), da deren Object, ein Grundstück, regelmäßig theilbar ist; die letztere verwechselt die Theilung des Rechtes mit seiner Theilung der bloßen Ausübung nach.[3]) Man muß vielmehr bei der Begriffsbestimmung der Theilbarkeit der Rechte von der juristischen Bedeutung des Begriffes „Theil" ausgehen. Unter Theil aber versteht man einen integrirenden Bestandtheil eines Ganzen, welcher also ein Bestandtheil zu sein noch nicht

42) Nach Hofd. 20. Febr. 1795 lit. b ist dies nur mit Bewilligung der Landesstelle zulässig.

43) Unger S. 569.

1) So Göschen Vorl. I. §. 77, Wächter im civ. Arch. XXVII. S. 183 f. Handb. II. S. 581 f.; vgl. dagegen Unger I. S. 607 Note 3.

2) So Unger S. 607—612. Arndts §. 53 a. E.

3) Freilich nur den Worten, nicht der Sache nach; denn thatsächlich unterscheidet Unger S. 612 genau zwischen der Theilung des Rechtes und der Theilung seiner Ausübung.

Digitized by Google

aufgehört hat; wäre der Bestandtheil aus dem Verbande mit dem Ganzen bereits ausgeschieden, wie bei der Zerlegung einer Sache in mehrere Stücke, dann repräsentirt jedes Stück ein selbständiges Ganzes, ist also nur ein gewesener Bestandtheil des früheren Ganzen, wiewohl man oft auch ein solches Stück noch immer einen Theil nennt (daher partes pro diviso und pro indiviso).[4]) Der Theil ist entweder bloß ein ideeller, eine Quote (pars indivisa), oder ein physisch abgegrenzter (pars divisa); beim Recht als einer vom objectiven Recht geschaffenen Macht kann der Theil nur im ersteren Sinne gedacht werden. Es ist also ein theilbares Recht jenes, bei welchem Quoten denkbar sind, bestimmter gesagt: welches nach Quoten erworben, verloren und verfolgt werden kann. Im entgegengesetzten Falle ist das Recht ein untheilbares. Solche Quoten entstehen durch die Concurrenz mehrerer Subjecte, die mit einander in einem Gemeinschaftsverhältnisse stehen[5]); jede Quote bildet ein selbständiges Vermögensobject, über welches der Betreffende frei verfügen kann, ohne daß deswegen behauptet werden könnte, daß jede Quote immer ein selbständiges Recht sei.[6]) Denn eine Concurrenz mehrerer Subjecte kann auch bei untheilbaren Rechten vorkommen, ohne hier eine Entstehung von Quoten zu veranlassen; jeder der mehreren Berechtigten ist vielmehr vollständig Subject des ganzen Rechtes.

Theilbar sind:

1) Das Eigenthumsrecht.[7]) Dasselbe kann nach ideellen Theilen erworben, hintangegeben, belastet und verfolgt werden (§. 829). Der dem einzelnen Mitberechtigten zukommende Theil wird vom Gesetze „Antheil", der Berechtigte selbst „Miteigenthümer", seine Mitberechtigung „Miteigenthum" genannt (§. 361). Seine Berechtigung kann aber nicht als ein selbständiges Recht angesehen werden; sie ist keine selbständige Willensherrschaft, sondern nur die Theilnahme an einer Gesammtwillensherrschaft, also nur der Theil eines Rechtes; es gibt keine selbständige Ausübung des Miteigenthums, ausgenommen durch Stellvertreter; die die Ausübung darstellende Handlung wird für alle Miteigenthümer unternommen, und nur der hieraus hervorgehende materielle Vortheil wird, den Quoten entsprechend, unter die Miteigenthümer vertheilt (§§. 833, 839, 840). Diesem Quotenrechte wohnt die Berechtigung der wirklichen Thei-

4) Vgl. Keller Pand. §. 45 S. 85; L. 15 §. 1 D. de accept. 46, 4: Q. Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse; Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.

5) Unger S. 609.

6) Unger S. 608 beſ. Note 4, 5 sieht hingegen in jedem Antheile ein selbständiges, mit dem Ganzen qualitativ gleiches Recht; allein die Willensherrschaft ist, wenn auch eine gemeinschaftliche, doch nur Eine, daher existirt nur Ein Recht. Mit dem von Unger Note 13 getadelten Ausdruck des §. 825, wo das gemeinschaftliche Recht als ein ungetheiltes bezeichnet wird, negirt das G. B. nur die Existenz von partes divisae, nicht von partes indivisae.

7) Unger S. 610. Auch das Eigenthum an rechtlich untheilbaren Sachen ist ein theilbares Recht, da diese Untheilbarkeit die Existenz von Quotenrechten nicht hindert. Das Gegentheil behauptet Unger S. 612 Note 24.

Digitized by Google

lung des gemeinschaftlichen Objectes inne (§. 830), wodurch erst selbständige Eigenthumsrechte entstehen.

2) Das Erbpacht-, Erbzins- und Bodenrecht[8]), auf welche das vom Eigenthumsrecht Gesagte umsomehr angewendet werden muß, als diese Rechte nach österreichischem Rechte unter den Begriff des Eigenthums subsumirt zu werden pflegen (§§. 360, 1122—1125).

3) Die persönlichen Servituten der Fruchtnießung und des Gebrauches. Ein Miteigenthümer kann an seiner Quote, und der Alleineigenthümer an einem beliebigen Theile seines Eigenthums einen Fruchtgenuß bestellen, und befinden sich mehrere Personen in einem gemeinschaftlichen Fruchtgenusse, so erlischt mit dem Tode jeder einzelnen ein Theil des Fruchtgenusses.[9]) Das gleiche gilt nach österreichischem Recht vom Gebrauch, wenn er im Fruchtbezuge besteht, während er in den übrigen Fällen untheilbar ist.[10]) Darum ist auch das Wohnungsrecht als Fruchtgenuß theilbar, als Gebrauch (§. 521) untheilbar.[11]) Irreguläre Servituten (§. 479) sind immer untheilbar.

4) Das Pfandrecht.[12]) Das darin liegende Befriedigungsrecht kann an einer Quote des Pfandes, sowie nach quoten Theilen der Forderung ausgeübt werden; mit der Erlöschung eines Theiles der Forderung erlischt der entsprechende Theil des Pfandrechtes, d. h. das weitere Befriedigungsrecht wird verhältnißmäßig geringer. Daß man vor vollständiger Befriedigung das Pfand zurückzustellen nicht verpflichtet ist, beweist nicht die Untheilbarkeit des Pfandrechtes[13]), sondern dies folgt aus dem Umstande daß das Zurückbehalten des ganzen Pfandes ein nothwendiges Mittel zur vollen Befriedigung ist.[14])

5) Jene Forderungen, deren Gegenstand eine theilbare Leistung, d. i. eine solche ist, die nach Quoten vollzogen werden kann z. B. die Ueber-

8) Auch die röm. Emphyteuse und Superficies werden als theilbar angesehen. Arndts §. 53 Anm. 6, Keller S. 86.

9) Vgl. Unger S. 611; ebenso nach röm. R.

10) Unger S. 611 erklärt den Gebrauch nach österr. R. ohne diese Unterscheidung für theilbar, weil er sich nur quantitativ, nicht wie in röm. R. qualitativ, vom Fruchtgenusse unterscheide. Allein man kann Jemanden wohl 1/4 des Einkommens aus einem Grundstück zum persönlichen Gebrauch einräumen, nicht aber auch 1/4 des Grundstückes zum unmittelbaren Gebrauche, weil in diesem Falle wegen der Gemeinschaftlichkeit die Ausübung einem anderen (z. B. einem Pachter) überlassen werden müßte, was beim Gebrauche nicht zulässig ist (§. 507 b. G. B.). Im röm. R. hingegen gilt die L. 19 D. 7, 8: frui pro parte possumus, uti non possumus.

11) Wird zwei Ehegatten ein Wohnungsrecht als Gebrauchsrecht eingeräumt, so kann es nach dem Tode des einen von dem überlebenden im ganzen Umfang fortausgeübt werden (Entsch. G. H. 1868 Nr. 37 [= Sammlung VI. Nr. 3002.]). Wäre es als Fruchtgenuß bestellt worden (also ohne Rücksicht auf das persönliche Bedürfniß), so tritt der überlebende mit dem Eigenthümer der Wohnung in das Verhältniß gemeinschaftlicher Benutzung nach §. 833.

12) Unger S. 611, Arndts §. 53 Anm. 6.

13) Hingegen behaupten Keller S. 86 u. A. die Untheilbarkeit des Pfandrechtes; aber dabei wird der Satz: indivisa pignoris causa (L. 67 D. 21, 2) mißverstanden. Die Pfandrechtsquote haftet am ganzen Pfande, wie das Miteigenthumsrecht am ganzen Hause.

14) Dies zeigt auch der Umstand, daß,

Digitized by Google

gabe einer Sache zum Eigenthum oder Besitz. Ob die Sache selbst theilbar ist oder nicht, ist gleichgültig, da auch an einer untheilbaren Sache ein Quotenrecht denkbar ist. Ist Gegenstand der Leistung eine Quantität fungibler Sachen, dann wird die Forderung ipso jure durch die Concurrenz mehrerer Gläubiger oder Schuldner getheilt; ein vorläufiges Gemeinschaftsverhältniß, wie beim Eigenthum, ist hier nicht denkbar (§§. 888, 889).

Untheilbar dagegen sind:

1) Die Grunddienstbarkeiten. Sie können nicht nach Quoten entstehen, untergehen oder verfolgt werden (§§. 485, 844); der Miteigenthümer eines Grundstückes kann weder eine Prädialservitut bestellen, noch sich solche bestellen lassen, und erlangt der Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes das Eigenthum des dienstbaren oder umgekehrt, so geht nicht etwa eine Quote der Servitut durch Confusion unter. Gehört das herrschende Grundstück mehreren Personen, so ist jede vollständiges Subject der ganzen Servitut, und kann sie daher solidarisch ausüben. Dies zeigt sich, wenn das herrschende Grundstück getheilt wird, und der Besitzer eines Theiles von seinem Servitutenrecht keinen Gebrauch macht.[15]) Darum hat auch jeder Mitberechtigte die actio confessoria in solidum, und aus dem von ihm erwirkten Urtheile haben auch die übrigen Mitberechtigten die exceptio rei judicatae.

2) Die irregulären Servituten, der Gebrauch und das Wohnungsrecht, wenn sie nicht in bloßem Fruchtbezuge bestehen.

3) Jene Forderungen, die auf eine untheilbare Leistung gerichtet sind, insbesondere die ein reines Thun, ein Dulden oder ein Unterlassen des Schuldners zum Gegenstande haben. Hier ist jeder der mehreren Gläubiger vollständig Subject der ganzen Forderung, jeder der mehreren Schuldner vollständig Subject der ganzen Schuld (vgl. §. 890).

Die Frage, ob das Erbrecht theilbar ist, sollte, da es kein eigentliches Recht ist, gar nicht aufgeworfen werden, und sie wird darum auch sehr verschiedenartig beantwortet.[16]) Will man aber, indem man das Erbrecht ein theilbares Recht nennt, nur sagen, daß man auch Erbe zu einer Quote sein kann, so ist dagegen nichts einzuwenden.

Verschieden von der Theilung des Rechtes ist die Theilung der Ausübung nach. Eine solche Theilung lassen auch an sich untheilbare Rechte z. B. Servituten zu.[17])

---

wo dieser Grund nicht zutrifft (z. B. wenn eine Geldsumme verpfändet wird) auch der äquivalente Theil des Pfandes zurückgestellt werden muß. Vgl. die Entsch. G. H. 1859 Nr. 12 [= Sammlung II. Nr. 1017].

15) Denn in diesem Falle kann der Besitzer des anderen Theils die ganze Servitut ausüben — ein Beweis, daß er bereits früher, zur Zeit des Gemeinschaftsverhältnisses Subject bezüglich der ganzen Servitut war, weil es nicht abzusehen ist, wie er es später geworden wäre.

16) Unger erklärt (Erbrecht §. 2 A. 17) das Erbrecht für theilbar, im Syst. I. S. 611 f. war er mit Berufung auf Böcking a. M.

17) Unger S. 612.

Digitized by Google

§. 53. Ausübung von Rechten durch Stellvertreter.

Ein Recht läßt regelmäßig auch die Ausübung durch Stellvertreter zu.[1]) Es wird durch einen Stellvertreter ausgeübt, wenn ein Anderer die den Inhalt des Rechtes bildende Handlung, aber mit dem Willen, damit das Recht des Vertretenen auszuüben, unternimmt, so daß er, wie man sagt, im Namen des Vertretenen handelt (§. 318 b. G. B.). Dies kann auf zweifache Weise bewirkt werden; entweder übernimmt Jemand die Ausübung eines Rechtes für einen Anderen bloß als Pflicht, oder es wird ihm diese Ausübung in seinem eigenen Interesse als ein besonderes ihm zustehendes Recht überlassen. Stellvertreter der ersteren Art ist jeder Verwalter fremden Vermögens, Stellvertreter der letzteren Art hingegen der Fruchtnießer, Entlehner, Pachter, Miether. Daß diese Personen Stellvertreter des Eigenthümers sind, erhellt daraus, daß sie nicht den Willen haben, ein ihnen zustehendes Eigenthum auszuüben, und daß sie dennoch, wie andere Stellvertreter lediglich nach dem Willen des Eigenthümers handeln; dieser wird als das Eigenthum fortausübend angesehen, wenn Pachter und Miether innerhalb der ihnen gewordenen Gestattung seine Sache gebrauchen.[2]) Unter Einem charakterisiren sich aber die von diesen Personen unternommenen Benutzungsacte zugleich als Ausübung eines ihnen eigenen vom Eigenthümer abgeleiteten Pacht-, Mieth- oder sonstigen Rechtes, so daß in den von ihnen unternommenen Handlungen gleichzeitig die Ausübung zweier verschiedener Rechte liegt. Dieser Satz ist von Wichtigkeit für Fälle, in denen es auf den Nachweis der Fortausübung des einem Stellvertreter der zweiten Art überlassenen Rechtes ankommt, wie z. B. in der Lehre vom Besitzesschutz und der Ersitzung, weil man hier bei dem Mangel eines unmittelbaren Eingreifens auf Seiten des Uebertragenden an einer Fortausübung jenes Rechtes zweifeln könnte; auch ist der Satz wichtig für die Lehre von der Ausübung gemeinschaftlicher Rechte, weil bei dem Umstande, als sich z. B. ein Haus nicht nach ideellen Theilen bewohnen, ein Feld nicht nach ideellen Theilen bebauen läßt, eine Benutzung oder sonstige Rechtsausübung nur durch Stellvertreter, welche im Namen der Gesammtheit der Theilnehmer handeln, als welche aber auch die gemeinschaftlich Berechtigten gegenseitig auftreten können, stattfinden kann[4]); der Satz ist endlich von Bedeutung,

---

1) Arndts §. 92, Unger S. 617 Nr. 6, Windscheid §. 121 a. E. Zu allgemein sagt C. 68 de R. J. in VI: Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.

2) Hier wird nur die den Inhalt des Rechtes bildende Handlung durch den Stellvertreter ausgeführt; wollen muß der Vertretene selbst, weil man begrifflich nicht durch einen Anderen „wollen" kann. Eine Ausnahme gilt für gänzlich willensunfähige, nach österr. Recht selbst für theilweise willensunfähige Personen.

3) Denn die beiden Elemente der Ausübung sind auf Seiten des Eigenthümers vorhanden, der sein Grundstück verpachtet hat: a) der Wille, den er niemals aufgegeben hat und der eine Stellvertretung nicht zuläßt, b) die Handlung, die mit seinem Willen von dem Pachter vorgenommen wird.

4) Kommen die zwei Miteigenthümer eines Hauses überein, daß der eine das eine, der andere das andere Stockwerk bewohnen solle, so üben doch beide ihr Miteigenthum an dem ganzen Hause aus, da der Wille von keinem aufgegeben wurde und Jeder mit vorläufiger Zu-

Digitized by Google

weil er ein Mittel bietet, auch den Genuß von Rechten, die unübertragbar sind, Anderen dadurch zuzuwenden, daß man ihnen deren Ausübung überträgt.[5])

§. 54. Bedeutung der Ausübungslehre hinsichtlich des Besitzes.

In dem Erfolge der Ausübung eines Rechtes ist folgender wichtige Unterschied zu bemerken. Einige Rechte (die meisten Forderungen) werden durch die Ausübung sofort zerstört, denn ihre Ausübung besteht eben in dem Sichleistenlassen der bestimmten Handlung, hiedurch erlischt aber die Forderung. Andere Rechte (von dieser Art sind die meisten dinglichen Rechte) lassen hingegen, unbeschadet ihres Bestehens, eine fortgesetzte Ausübung zu.[1]) Jedoch erlischt auch das Pfandrecht regelmäßig[2]) sofort mit seiner Ausübung, und umgekehrt gibt es Forderungen, welche, ohne zu erlöschen, fortgesetzt ausgeübt werden können. Von dieser Art sind alle negativen d. h. jene Forderungen, deren Gegenstand ein Dulden oder Unterlassen des Verpflichteten ist, wie die Mieth- und die Bannrechte[3]); es gibt aber auch unter den affirmativen d. i. jenen, die ein Geben oder Thun des Schuldners zum Inhalt haben, solche, die ohne Erschöpfung ihres Inhaltes fortgesetzt ausgeübt werden können.[4]) Von dieser Art sind jene Forderungen, denen accessorisch das Recht auf periodisch wiederkehrende positive Leistungen für die ganze Dauer ihres Bestandes anklebt, wie verzinsliche Capitalsforderungen, Reallasten. Wer Zinsen von einem Capital bezieht, hat die Capitalsforderung und damit das fernere Zinsenbezugsrecht nicht im Entferntesten erschöpft[5]), und wer sich den Zehent leisten läßt, behält das Zehentbezugsrecht in der ursprünglichen Integrität.[6]) Solche Rechte lassen also eine dauernde Ausübung ohne Zerstörung ihres Inhaltes zu. Es gilt aber dies keineswegs für Forderungen, bei denen das Recht auf wieder-

---

stimmung des Anderen handelt — Einer Miether des Anderen ist.

5) Z. B. der Fruchtgenuß. Andere Servituten lassen aber wenigstens eine Stellvertretung der ersten Art zu.

1) Arndts §. 92, Unger S. 613 f.

2) Nicht immer! Die Ausübung kann auch z. B. wie bei der executiven Sequestration, im Fruchtbezuge bestehen. Arndts G. Z. 1866 Nr. 81 findet auch in der Detention des Faustpfandes eine Ausübungsart des Pfandrechtes.

3) Bei Forderungen, deren Gegenstand eine Unterlassung ist, ist diese Unterlassung eine fortdauernde Ausübung, nicht aber ist etwa bloß das Verbieten oder Hindern der Ausübungsact. Daraus folgt, daß wenn eine Handlung über einmalige Hinderung durch 30 oder 40 Jahre unterlassen wurde, die Forderung ersessen wird (§. 1459 b. G. B.); es bedarf also nicht etwa nach §. 1471 einer wenigstens dreimaligen Hinderung. Anders die Entsch. G. H. 1864 Nr. 20, 21 = G. Z. 1863 Nr. 139 [= Samml. IV. Nr. 1779.]

4) Dies leugnet Unger S. 613 f. bes. Note 4.

5) Wer Capitalszinsen bezieht, übt auch die Capitalsforderung aus, weil er sie in der Intention bezieht, damit ein Entgelt für die überlassene Capitalsbenutzung zu erhalten; er steht zum Schuldner in demselben Verhältniß, wie der Eigenthümer zum Fruchtnießer oder Quasifruchtnießer. Damit übt er aber auch das fernere Zinsenbezugsrecht aus, weil eben dieses einen Inhalt der Capitalsforderung bildet.

6) Daß der Anspruch auf einzelne fällige Leistungen ein accessorisches Recht der Reallast im Ganzen bildet, wurde oben (§. 43, 44.) erwiesen.

Digitized by Google

kehrende Leistungen nicht von accessorischer Natur ist, als bei Pensionsforderungen, Rentenlegaten, oder Forderungen, bei denen die periodischen Leistungen nur die Natur eines Entgeltes für fortgesetzte Gegenleistungen an sich tragen, wie bei Mieth- oder Pachtzins- oder Dienstlohnsforderungen u. s. w.; denn dies sind Complexe einer Mehrheit von Forderungen, von denen jede einzelne durch die Erfüllung abgesondert erlischt.[7])

Der eben behandelte Unterschied ist von Bedeutung für die Lehre vom Besitz, denn dauernde Ausübung eines Rechtes ist Besitz.[8]) Er ist hienach etwas Factisches und hat gleichfalls zwei Elemente. Gegenstand des Besitzes sind also alle dinglichen Rechte mit Ausnahme des Pfandrechtes, ferner alle negativen und jene affirmativen Forderungen, die ohne Zerstörung ihres Inhaltes fortgesetzt ausgeübt werden können. Hiedurch erhält der zu weit gefaßte §. 311 b. G. B. seine naturgemäße Beschränkung. Aus dem oben Gesagten folgt ferner, daß Besitzer auch derjenige bleibt, der das Recht durch einen Stellvertreter ausübt, und daß bei der Stellvertretung der zweiten Art der Stellvertreter zugleich Besitzer eines besonderen ihm zustehenden Rechtes wird. Endlich folgt aus der rein factischen Natur der Ausübung und deren Trennbarkeit vom Rechte, daß Besitzer auch ein Anderer, als der Berechtigte sein kann, und daß der vom Rechte eigenmächtig getrennte Besitz eine Rechtsverletzung ist, gegen welche richterlicher Schutz zu gewähren ist[9]), obwohl ein provisorischer Schutz selbst dem bloßen Besitze zukommt, daß aber in allen Fällen der Besitz kein Recht, sondern nur ein factischer Zustand ist.

§. 55. Bedeutung der Ausübungslehre hinsichtlich der Eigenthumsbeschränkungen.

Die Lehre von der Ausübung der Rechte ist ferner von Bedeutung als Erklärungsgrund für den Satz, daß die jura in re Beschränkungen des Eigenthums sind, ohne daß dieses darum aufhören muß, eine totale rechtliche Herrschaft über die Sache zu sein. Jura in re entstehen eben nicht durch die Ausscheidung eines Theiles vom Inhalte des Eigenthumsrechtes[1])

7) Vgl. oben S. 229 und Gerber Syst. §. 167 Note 2, wo er das annuum legatum als eine Mehrheit von Obligationen erklärt. Vgl. auch Randa Besitz §. 24.

8) Vgl. Unger S. 613 Note 2, Jhering (Beitr. z. L. vom Besitz) legt bei der Begriffsbestimmung des Besitzes das Gewicht nicht so sehr auf die Handlung des Ausübens, als vielmehr auf die äußere Erscheinung, in welcher ein Rechtsverhältniß aufzutreten pflegt, z. B. bei Sachen auf deren Lage. Darum definirt er S. 161 den Sachenbesitz als die Thatsächlichkeit des Eigenthums, und S. 166 den Besitz überhaupt als die Thatsächlichkeit des Rechtes. Statt „Thatsächlichkeit" gebraucht er abwechselnd auch „Sichtbarkeit". In der That ist der Besitz identisch mit Rechtsausübung nur beim Rechtsbesitz (§. 312); beim Sachbesitz kann Besitz bestehen, ohne daß ein Ausübungsact vorgekommen wäre, wie denn z. B. die Eier, welche die Hühner in meinem Hofe legen, der Mist, den man auf meinem Felde abgeladen hat und das Grundstück, das ich erkauft, aber noch nicht benutzt, sondern höchstens betreten oder verraint habe, sich in meinem Besitze befinden. Jede Ausübung also ist Besitz, aber nicht jeder Besitz ist Ausübung.

9) Arndts §. 92 a. E.

1) Unger S. 608 Note 7.

Digitized by Google

— sonst wäre der Rest kein Eigenthum mehr —, sondern durch die Beschränkung seiner Ausübung, und zwar entweder des positiven oder negativen Theiles derselben, d. h. entweder der Befugniß, mit der Sache beliebig zu verfügen oder der Befugniß, jeden Anderen von der Sache auszuschließen.[2]) Hiedurch wird es erklärbar, wie das volle Eigenthum aufrecht verbleibt, ungeachtet auch einem Anderen eine partielle Herrschaft an der gleichen Sache zusteht.[3])

§. 57. Bedeutung der Ausübungslehre hinsichtlich der Collision der Rechte.

Es können verschiedene Rechte in demselben Inhalte so zusammentreffen, daß die Ausübung des einen dieser Rechte die des andern ganz oder theilweise unmöglich macht. In diesem Falle spricht man von einer Collision[1]) der Rechte. Sie setzt neben einander bestehende Rechte gleichen Inhalts voraus, welche im Prinzip sammt und sonders ausgeübt werden dürfen, aber nicht sammt und sonders ausgeübt werden können, da der Rechtsstoff nicht für alle ausreicht, wie z. B. der Fall ist bei mehreren Geldforderungen gegen denselben Schuldner, dessen Vermögen zur Bezahlung aller unzulänglich ist, oder bei mehreren Weideservituten an demselben für alle nicht ausreichenden Grundstücke. Es ist hienach eine Collision von Rechten nicht vorhanden[2]), wenn a) thatsächlich nicht mehrere Rechte neben einander bestehen, wie wenn das eine Recht ein unbedingtes, das andere ein bedingtes oder betagtes ist[3]), oder das eine Recht nur die Entstehung des andern hindert[4]), oder wenn bloß sich gegenseitig hindernde Ansprüche

2) Man kann auch sagen: Zwischen dem Eigenthumsrechte und der Servitut besteht eine Collision, und es muß daher nach der Regel, daß das Allgemeine dem Besonderen weicht, auch hier die Ausübung des Eigenthumsrechtes zeitweilig entfallen, ohne daß dadurch das Eigenthumsrecht selbst aufhört oder in seinem vollen Umfange alterirt wird.

3) Vgl. L. 25 pr. D. V. S. 50, 16: Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitus est, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius. Ueber die Lesart: servitus statt servitutis s. Zirkler in Weiske's Rechtslexicon. IV. S. 150 Note 14.

1) Unger S. 621 f. Arndts §. 92.

2) Vgl. über die folgenden, zuweilen fälschlich unter den Begriff der Collision gezogenen Fälle Unger S. 622 f. und Arndts §. 92 Anm. 3.

3) Denn das bedingte oder betagte Recht kann noch gar nicht ausgeübt werden oder ist wenigstens noch kein gegenwärtiges; doch kann ein späteres unbedingtes Pfandrecht zum Nachtheil eines früheren bedingten oder betagten nicht ausgeübt werden.

4) So hindert bei mehrfacher Veräußerung einer Sache die früher erfolgte Tradition oder Intabulation zu Gunsten des einen Erwerbers die Entstehung des Eigenthums des anderen (§§. 430, 440 b. G. B.). Es collidiren hier also weder zwei Eigenthumsrechte (da nur Eines existirt), noch collidirt das Eigenthum des Einen mit dem persönlichen Rechte des Anderen, da der Inhalt beider Rechte wesentlich verschieden ist. — Die Existenz des sog. putativen Eigenthums („des Besitzrechtes") hindert jedoch nicht die Entstehung eines anderen an derselben Sache (wie es Unger S. 624 Note 11 fälschlich behauptet); vielmehr kann dasselbe, wie die §§. 322, 372, 373 beweisen, Mehreren gleichzeitig zustehen.

Digitized by Google

mehrerer Personen auf das eine Recht existiren[5]); — b) wenn die mehreren sich gegenseitig beirrenden Rechte von verschiedenem Inhalte sind[6]) oder c) das eine nur die Beschränkung des anderen bildet, und sowie dessen Ausübung von vornherein unzulässig macht.[7])

Im Falle einer wirklichen Collision aber ist zu unterscheiden, ob das eine Recht vor dem andern einen bestimmten Vorzug genießt (das „stärkere Recht" ist) oder ob dies nicht der Fall ist.[8])

Ersteres tritt ein a) bei der Concurrenz mehrerer dinglicher Rechte an derselben Sache; hier geht regelmäßig das ältere dem jüngeren vor (qui prior tempore, potior jure), also die ältere Servitut der jüngeren (§. 486 b. G. B.), das ältere Pfandrecht dem neueren (§. 31 C. O.), das frühere Pfandrecht der späteren Servitut u. s. w.[9]), weil die Einräumung einer neueren Herrschaft an einer Sache nur unbeschadet der älteren denkbar ist.[10]) Jedoch gibt es privilegirte Pfandrechte, die ohne Rücksicht auf ihre Entstehungszeit den übrigen vorgehen.[11]) Da das G. B. auch den Besitz zu den Rechten zählt, so spricht es auch von Rechten, die im Verhältniß zum Besitz die stärkeren sind (§§. 324, 346, 347), und rechnet zu diesen stärkeren Rechten unter dem Namen „Besitzrecht" auch das sog. putative Eigenthum (§§. 322, 851, 372); ja es unterscheidet auch bei letzterem mehrere Fälle, die wieder von ungleicher Stärke sind (§. 373).[12]) — b) Bei der Concurrenz dinglicher und persönlicher Rechte gehen regelmäßig erstere den letzteren unbedingt vor[13]); so das Pfandrecht der unversicherten Forderung (vgl. §. 1121 b. G. B. §. 30 C. O.), die Servitut des Frucht-

5) Wie wenn z. B. der Erblasser verfügt: Meinem Bruder vermache ich mein Haus; — er hat aber mehrere Brüder. In diesem Falle bekommt keiner etwas, weil er sein Recht nicht beweisen kann (non deficit jus, sed probatio). Ist einer der Prätendenten bereits Besitzer, so bleibt er es; von dieser Regel enthält jedoch der §. 415 (Vermengung) eine Ausnahme. Unger S. 622.

6) Z. B. das Eigenthumsrecht und eine Forderung in den Fällen der §§. 430 und 1120; Unger S. 626.

7) Z. B. der Fruchtgenuß als Beschränkung des Eigenthumsrechtes; auch die exceptio im techn. Sinne ist eine Beschränkung des Klagerechtes und es beruht also deren Wirksamkeit nicht etwa auf den Grundsätzen der Collision der Rechte.

8) Unger S. 626 f., Arndts §. 92 Anm. 3 lit. d spricht von einer Collision nur zwischen Rechten von gleicher Stärke.

9) Unger S. 627 f. Manche Schriftsteller meinen, daß hier von einer eigentlichen Collision nicht die Rede sein könne, da diese neben einander stehenden Rechte zur successiven Ausübung bestimmt sind, vgl. hierüber Unger a. a. O. Note 25.

10) Eine Ausnahme tritt ein, wenn Jener, dem das ältere dingliche Recht zusteht, das jüngere selbst eingeräumt (z. B. der Eigenthümer eine Servitut), oder wenigstens dem jüngeren die Priorität zugestanden hat (sog. Satzweichung).

11) Unger S. 627.

12) Eine Collision von Rechten ist aber thatsächlich in diesen Fällen nicht vorhanden, sondern nur ein Widerstreit mehrerer Ansprüche auf dasselbe Recht.

13) Unger S. 626 Nr. 4 a. E. und S. 624 Note 10 leugnet in diesem Falle die Existenz einer Collision, da ein persönliches und ein dingliches Recht wegen ihres verschiedenen Inhaltes nicht mit einander collidiren können; allein trifft der Inhalt einer gewöhnlichen Forderung mit dem ihr anklebenden Distractionsrechte nicht mit dem Inhalte des Pfandrechtes zusammen? (Daß man vor der gerichtlichen Distraction das Pfandrecht erst erwerben muß, ist eine rein positive österr. Einrichtung, die man sich auch wegdenken kann.)

Digitized by Google

genusses dem bloß obligatorischen Genußrechte (§§. 443, 445). Jedoch gibt es gewisse, absolut privilegirte Forderungsrechte, welche nicht nur anderen nicht privilegirten Forderungen, sondern selbst dinglichen Rechten vorgehen[14]) (§. 470 b. G. B. §§. 29, 31 E. O.). — c) Im Falle der Concurrenz bloß persönlicher Rechte unter einander greift eine Bevorzugung des einen vor dem anderen regelmäßig nur im Falle des Concurses (§§. 43 bis 48 E. O.), außer demselben aber nur in einigen seltenen Fällen (so z. B. §§. 150, 692 b. G. B.) Platz.

Läßt sich die Existenz eines Vorzuges eines Rechtes vor dem andern nicht nachweisen, so entscheidet über die Möglichkeit der Ausübung collidirender Rechte vor Allem die Prävention (§. 430 b. G. B.). Der Gläubiger, welcher vor dem anderen die Befriedigung erlangt hat, bleibt im Genusse des Erhaltenen, wenn auch für den anderen Gläubiger nichts mehr erübriget (§§. 895, 953).[15]) Ist aber einer dem andern nicht zuvorgekommen, so haben sich alle eine verhältnißmäßige Beschränkung ihrer Rechtsausübung (z. B. durch verhältnißmäßigen Abzug) gefallen zu lassen (§. 48 E. O.), und wäre dies nicht möglich (wie z. B. bei einem mehreren Legataren einer Species eingeräumten Wahlrechte), so entscheidet das Loos (ratio aus §§. 835, 841, 1273).[16])

§. 59. Allgemeine Grundsätze von Erwerbung der Rechte.

Rechte und Verbindlichkeiten entstehen durch gewisse (sog. juristische) Thatsachen[1]), von denen theils in einem besonderen Hauptstücke, theils bei den einzelnen Rechtsinstituten gehandelt werden wird, und welche in dieser ihrer Function speciell rechtserzeugende Thatsachen[2]) genannt werden. Sie bestehen entweder in Handlungen oder in zufälligen Umständen; in letzterem Falle bedient sich das G. B. des Ausdruckes, das Recht oder die Verbindlichkeit entstehe unmittelbar „durch Gesetz" (§§. 307, 859, 860, 317, 424, 449, 533 u. a.), womit aber nur die Negation der Entstehung durch

14) Solche privilegirte Forderungen, welche auch außer dem Concurse selbst Pfandrechten vorgehen, sind: a) die Vermögensübertragungsgebühren (§. 72 Gebührengesetz), b) die Feuerlöschkosten (Hofkriegsr. Circ. 27. April 1824, Wessely I. Nr. 1731); c) der Erziehungsanspruch im Falle des §. 150 b. G. B.; d) Aerarialforderungen gegen Beamte aus dem Dienstverhältnisse (Hofd. 16. Sept. 1834); e) der Ersatzanspruch für Beerdigungskosten der Sträflinge rücksichtlich ihrer mitgebrachten Kleidungsstücke und ihres Arbeitsüberverdienstes (Hofd. 7. Febr. 1817 Nr. 1313); f) der ärarische Ersatzanspruch für Vorschüsse an Brod- und Samenfrüchten an die gewesenen Gutsunterthanen (Hofd. 20. Irni 1837). Diese Fälle werden von den meisten Commentatoren als gesetzliche Pfandrechte aufgefaßt (vgl. z. B. Ellinger ad §. 450); in Wirklichkeit aber sind die unter a und b nur bevorzugte, auf Grundstücken haftende gebundene (Zustands-) Schulden, die übrigen enthalten nur Bestimmungen über Vorzugsrechte gewisser Gläubiger in gewissen Fällen; s. E. O. §§. 39, 41, 43.

15) Unger S. 629 f. Arndts §. 92. Wenn daher A eine Wohnung zuerst an B, dann an C vermiethet und sie letzterem auch übergibt, so kann B gegen C weder einen Anspruch auf Abtretung noch auf Theilung der Wohnung erheben.

16) Unger S. 631 f. Arndts §. 92, Windscheid §. 121.

1) Savigny III. §. 104. Arndts §. 57. Unger II. S. 2.

2) Unger S. 3.

Digitized by Google

eine Handlung ausgedrückt werden will, indem, den Fall eines Privilegiums ausgenommen, unmittelbar durch Gesetz Rechte und Verbindlichkeiten nicht begründet werden.[3])

Die juristische Thatsache erzeugt das Recht oder die Verbindlichkeit entweder ganz neu, oder sie überträgt das bereits vorhandene Recht oder die Verbindlichkeit auf eine andere Person[4]); in letzterem Falle spricht man, insoferne es sich um Rechte handelt, von einem translativen oder mittelbaren, im ersten von einem constitutiven oder unmittelbaren Erwerbe des Rechtes[5]). Das Recht oder die Verbindlichkeit entstehen ferner oder werden übertragen entweder unabhängig von dem Rechte oder der Verbindlichkeit einer anderen Person, oder nur unter der Voraussetzung, daß die Person, von welcher man sie ableitet, selbst ein Berechtigter oder Verpflichteter war; im ersten Falle nennt man den constitutiven oder translativen Erwerb des Rechtes einen originären oder selbständigen[6]), im zweiten einen derivativen oder abgeleiteten, und ebenso spricht man von einer originären und einer derivativen Begründung einer Verbindlichkeit.[7]) Wer auf derivative Art in das bereits vorhandene Recht oder die be-

3) Unger S. 4.

4) Arndts §. 56 a. A. — Salpius Novation und Delegation §. 55 sagt, daß von einer Uebertragung des Rechtes im buchstäblichen Sinne nie die Rede sein könne, weil jedes Recht nur als Attribut einer bestimmten Person erscheint, ohne die es nie zu denken ist. Uebereinstimmung, Continuität läßt sich nur im Inhalt des Rechtes denken. Wo nun der Erwerb des Einen in so untrennbarer Beziehung zu dem Verlust des Anderen steht, daß das neu entstehende Recht auf das untergehende gegründet, von ihm abgeleitet wird, da kann man von Succession reden (vgl. Witte in der krit. Vtljschr. VIII. S. 187). Das Gleiche lehrt schon Kuntze Obl. und Sing. Succ. §. 15 f. Vgl. Esmarch vacua poss. S. 4, 5, 10. Dagegen Windscheid §. 65 Note 3, der mit Recht bemerkt: „Die Rechte haben, wie die verschiedenen Wesen, ihre Individualität durch ihre Erzeugung: jedes Recht ist dasjenige Individuum, welches es ist, deswegen, weil es auf diesem bestimmten, an einen concreten Thatbestand sich anschließenden Ausspruch der Rechtsordnung beruht, und fährt, weil es darauf beruht, trotz alles Wechsels fort, dasselbe identische Individuum zu sein. Der Rechtsnachfolger beruft sich für sein Recht auf denselben concreten Ausspruch der Rechtsordnung, auf welchen sein Vorgänger sich berief; deswegen ist sein Recht dasselbe Recht, wie das des Vorgängers." Vgl. auch Arndts §. 65 Anm. 2. Unger II. S. 17 Note 4, der übrigens die Uebertragung nur bis zu einer gewissen Grenze zugibt, sie aber bei der Ersitzung (S. 5 Note 10) in Abrede stellt; ebenso Zrodkowski Untersuchungen S. 1 f. Neuner Privatrechtsverhältn., Lenz Recht des Besitzes u. A. vertreten die Ansicht von Kuntze und Salpius; vgl. dazu Exner Tradition S. 1 f. Note 2, der selbst einer Mittelmeinung huldigt. — Wer die Möglichkeit einer Rechtsübertragung leugnet, verzichtet damit auf den wichtigen Unterschied zwischen der Zeitfolge in ein zeitliches und der Rechtsfolge in ein immerwährendes Recht.

5) §§. 314, 381, 423 b. G. B., Unger S. 4, 5. Arndts §. 56, vgl. aber auch Exner Trad. S. 3. Etwas Anderes versteht unter „unmittelbar" Unger S. 5 Note 9.

6) Diese jedenfalls treffende Bezeichnung für „originär" hat Windscheid §. 66 Note 3 vorgeschlagen.

7) Vgl. Windscheid §§. 65, 66. Exner S. 1—4, Unger S. 4—6, welcher Letztere Note 10 vom originär-translativen Erwerb mit Recht bemerkt, daß in diesem Falle der Ausdruck „translativ" sehr unpassend ist, indem das Recht objectiv untergeht und in der Person des Erwerbers ganz neu entsteht; allein der herrschende Sprachgebrauch sei nun einmal so.

Digitized by Google

stehende Verbindlichkeit eines Anderen tritt, heißt dessen Rechtsnachfolger (successor), dieser Andere sein Rechtsvorgänger oder Vormann (auctor)[8]; es ist also derjenige kein Rechtsnachfolger, der materiell dasselbe Recht, welches vorher ein Anderer hatte, aber ohne es von diesem abzuleiten, erworben hat, wie z. B. der Ersitzende, und er kann höchstens des Anderen Zeitfolger genannt werden.[9]) Die Nachfolge ist entweder eine Sondernachfolge (Singularsuccession), wenn man nur in einzelne Rechte oder Verbindlichkeiten eines Anderen tritt, wie regelmäßig bei dem Eigenthumserwerb durch Tradition, auf dem Gebiete des Obligationenrechtes bei der Cession und der Schuldübernahme — oder eine Gesammtnachfolge (Universalsuccession), wenn man durch die Eine juristische Thatsache in ein Vermögen eines Andern als Ganzes, also in alle seine nicht höchst persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten tritt[10]), wohin nach österreichischem Rechte lediglich der Erbgang (die Erbfolge) und die Besitznahme einer erbloſen Verlassenschaft gehören.[11])

Beim derivativen Erwerb wird entweder dasselbe Recht ganz oder theilweise an einen anderen übertragen — und nur in diesem Falle liegt eine Succession vor[12]) — oder es wird einem Anderen nur ein Recht eingeräumt, welches sich auf ein davon verschiedenes Recht des Einräumenden stützt.[13]) Dies geschieht entweder so, daß man dem Anderen ein Recht einräumt, welches sich als Beschränkung des eigenen Rechtes darstellt, wie bei der Bestellung des Pfandrechtes oder einer Servitut, oder so, daß man ihm die Ausübung des eigenen Rechtes als besonderes Recht überläßt, wie bei der Verpfändung des Fruchtgenusses, der Vermiethung und Aftervermiethung;[14]) in diesen Fällen entsteht durch den derivativen Erwerb ein ganz

8) Unger S. 18 Note 6. Arndts §. 56. Windscheid §§. 65, 66.

9) Unger S. 17. In diesem Falle geht eigentlich das Recht bei der früheren Person zu Grunde und entsteht in einer anderen ganz neu (Unger S. 5 Note 10, S. 17 Note 5. Savigny Obl. R. II. S. 94). Dagegen meint Brinz Jahrb. d. gem. R. III. S. 31 f., die Identität des Rechtes des Vormannes und des Nachmannes finde nicht bloß in der Rechtsnachfolge statt, sondern z. B. auch bei der Ersitzung; vgl. dagegen Windscheid §. 65 Note 3.

10) Unger S. 19 f., Erbrecht §. 2. Arndts §. 56, Windscheid §. 65. Zum Begriffe der Universalsuccession ist es jedoch nicht wesentlich, daß man auch mit dem eigenen Vermögen für die Schulden des Vorgängers hafte. Jene Erbrechtssysteme, nach denen der Erbe nie über die Kräfte der Verlassenschaft haftet, repräsentiren nichtsdestoweniger wahre Universalsuccessionen. Uebereinstimmend Pernice Beispruchsrecht u. Univ. Succ. im deutschen Rechte in der krit. Vtljschr. IX. S. 89, 90.

11) Also nicht auch die Schenkung eines ganzen Vermögens (§. 944), der Verkauf einer Erbschaft (§. 1278), weil hier die einzelnen Rechte besonders übertragen, die einzelnen Verbindlichkeiten besonders übernommen werden müssen; vgl. Unger S. 22 f. Ueber andere (romanistische) Fälle der Universalsuccession vgl. Arndts §. 56 Anm. 3 Unger II S. 22 Note 26.

12) Unger S. 6 Note 11.

13) Arndts §. 56.

14) Ueberhaupt gehören hieher die Fälle, in denen, wie man sagt, ein Recht Object eines anderen Rechtes ist. Z. B. bei der Verpfändung des Fruchtgenusses, bei dem Fruchtgenusse an einer Emphyteuse oder an einer Prädialservitut (in letzterem Falle natürlich auch dem herrschenden Grundstücke wegen §. 485). Die Vermiethung als vertragsmäßige Ueberlassung der Ausübung des Eigenthums repräsentirt zwar einen derivativen Rechtserwerb; dies ist aber nicht

Digitized by Google

neues Recht. Eine allen Fällen derivativen Erwerbes gemeinsame Regel ist, daß Niemand einem Anderen mehr Recht einräumen kann, als er selbst hat (§. 442 b. G. B. Nemo plus juris ad alterum transferre potest, quam ipse haberet[15]), womit nicht gesagt werden will, daß das eingeräumte Recht mit dem dem Einräumenden zustehenden identisch sein, sondern nur, daß es innerhalb der Schranken der ihm zustehenden Befugnisse liegen muß. Darum kann der Eigenthümer an seiner Sache wohl ein Pfandrecht einräumen, aber dieses erlischt, wenn das Eigenthum ein zeitlich beschränktes war, mit dem Ablauf der Zeit (§. 468 b. G. B.), und kann nur mit Aufrechthaltung der zur Zeit der Pfandrechtsbestellung bereits vorhanden gewesenen Eigenthumsbeschränkungen ausgeübt werden (§§. 440, 445).[16] Wird beim derivativen Erwerbe dasselbe Recht übertragen, so geht es mit allen Nebenrechten (§. 442 b. G. B.), aber auch mit allen Beschränkungen auf den neuen Erwerber über. Darum erwirbt der Cessionar auch das Recht auf die Zinsen und andere Nebenschuldigkeiten (§. 1394), muß sich aber umgekehrt auch alle Einwendungen gefallen lassen, die dem Cedenten gegenüber begründet waren (§. 1396). Unter die Beschränkungen gehören auch die sog. Lasten, die somit ebenfalls auf den Rechtsnachfolger übergehen (§§. 443, 662, 686, 1049). Man versteht darunter die auf einer Sache oder auf einem Rechte haftenden Ansprüche Dritter, welche eben aus diesem Grunde Jedem, der die Sache oder das Recht erwirbt, zur Last fallen. Von dieser Art sind nur die aus dem dinglichen Rechte an einer fremden Sache hervorgehenden Eigenthumsbeschränkungen, ferner die auf einer Sache oder einem Rechte haftenden gebundenen Schulden, keineswegs aber die auf eine Sache sich beziehenden persönlichen Ansprüche, z. B. das Miethrecht, das Retentionsrecht, das Kaufrecht, welche also den neuen Erwerber der Sache nichts angehen (§§. 443 a. E. 441, 1120).[17] Bei einer Universalsuccession jedoch, wo auch die persönlichen Verbindlichkeiten auf den neuen Erwerber des Vermögens übergehen, werden auch diese unter dem Ausdruck „Lasten" begriffen (§§. 549, 563, 606, 785, 786, 821).[18]

In Beziehung auf die Entstehung unterscheidet man zwischen gegenwärtigen und künftigen Rechten, je nachdem sie bereits bestehen oder erst

---

so aufzufassen, als ob der Miethvertrag nichtig wäre, wenn der Vermiether nicht Eigenthümer ist; der Miether ist nur der rei vindicatio des Eigenthümers ausgesetzt.

15) L. 54 D. de R. J. 50, 17. Vgl. Arndts §. 56. Unger S. 18.

16) Arndts und Unger a. d. aa. OO.

17) Daraus ergibt sich die richtige Bedeutung der (in ihrem Sinne bestrittenen) Anordnung des §. 662, wonach der Legatar die auf der Sache haftenden Lasten übernimmt. Man hat darunter wohl z. B. die Reallasten, die intabulirten Bestandrechte u. s. w. zu verstehen, keineswegs aber die intabulirten Capitalien. Vgl. auch §. 512 b. G. B.

18) Ueberhaupt gilt dies für die Uebernahme eines ganzen Vermögens z. B. einer erblosen Erbschaft durch den Fiscus (auch wenn man darin keine Universalsuccession erblickt) oder einer verschuldeten Verlassenschaft durch die Gläubiger im Wege der sog. Jure crediti Einantwortung (Pat. 9. Aug. 1854 §. 73). Im letzteren Falle kann aber der Verlaßübernehmer nur auf Zahlung aus der übernommenen Verlassenschaft, also nicht persönlich geklagt werden (vgl. G. H. 1869 Nr. 52, 53: „Beitrag z. Lehre" u. s. w.).

Digitized by Google

künftig existiren sollen.[19]) Die Existenz des gegenwärtigen Rechtes kann möglicherweise eine noch ungewisse sein, indem entweder die rechtserzeugende Thatsache bereits eingetreten ist, die gegenwärtige Existenz des Rechtes aber durch gesetzliche Bestimmung[20]) oder durch den Willen desjenigen[21]), der das Recht einräumt, von einem künftigen noch ungewissen Ereignisse abhängig gemacht ist, oder indem es noch unbekannt ist, ob die rechtserzeugende Thatsache und somit das Recht bereits entstanden und ob es nicht vielleicht schon wieder aufgehoben ist. In beiden Fällen ist das Recht ein ungewisses (§§. 1421, 1434), und zwar im ersten Falle ein bedingtes, im zweiten ein zweifelhaftes (§§. 939, 1380). Das künftige Recht ist ein gehofftes, wenn dessen künftige Existenz noch eine fragliche ist, oder ein angefallenes (jus delatum §. 939), wenn die rechtserzeugende Thatsache bereits eingetreten ist, das wirkliche Inslebentreten des Rechtes aber entweder noch von dem Willen des Berechtigten oder von einem gewissen Zeitablaufe abhängig ist.[22]) Auch künftige, sowie gegenwärtige ungewisse Rechte sind für das Rechtsleben von Bedeutung, indem darüber Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art geschlossen werden können[23]); ist die rechtserzeugende Thatsache bereits eingetreten, so haben sie speciell noch die Wirkung, daß schon gegenwärtig Alles unterlassen werden muß, was der seinerzeitigen Wirksamkeit des Rechtes hinderlich sein könnte.[24]) [25])

---

19) Unger S. 7 f. Arndts §. 21 A. 3. Holzschuher 1. Aufl. I. S. 78 Nr. 5.

20) So ist z. B. das Erben gesetzlich an die Bedingung gebunden, daß der Erbe annimmt (§§. 536, 537), Ehepacte gelten nur, wenn die Ehe zu Stande kommt (§. 1217 Hofd. 25. Juni 1817), eine Cession an Zahlungsstatt gilt als Schuldtilgung nur, wenn der Cessus zahlt (vgl. §. 1414), die Einbringung von Fahrnissen in die gemiethete Wohnung begründet ein Pfandrecht nur, wenn sie zur Zeit der Klage noch darin sind (§. 1101). Ebenso gilt ein Vergleich über eine Verlaßschuld nur, wenn der Promittent wirklich Erbe ist, — die Vermögenszuwendung an einen Unerzeugten (§. 612) gilt nur, wenn der Bedachte wirklich geboren wird. Auch andere juristische Zustände, z. B. die Rechtsfähigkeit, sind an derlei Bedingungen gebunden, so die Rechtsfähigkeit des nascturus an die Bedingung, daß er lebend zur Welt kommt (§. 22 b. G. B.).

21) Vgl. §§. 699—702, 897—900 b. G. B.

22) Holzschuher I. S. 78 Nr. 5. Man gebraucht von einem jus delatum die Formel: Dies cedit, sed nondum venit.

23) Das Gesetz spricht von der Uebertragung künftiger Rechte z. B. in den §§. 939, 944, 1177, 1276, 1278, ungewisser Rechte z. B. in den §§. 237, 1380, — von der Sicherstellung künftiger Rechte in den §§. 343, 834, 1364, 1365, 1101, ungewisser Rechte in den §§. 520, 692, 1428 u. s. f.

24) Windscheid §. 67 (2. Aufl.) Note 2. Jhering Dogm. Jahrb. X. S. 458 f., Unger S. 7 Note 18. Es ist daher ungerechtfertigt, wenn Letzterer S. 8 der Lehre von künftigen Rechten jede praktische Bedeutung abspricht. „Dieses Verhältniß ist es auch, worauf sich der von einem neueren Schriftsteller (Fitting über den Begriff der Rückziehung) aufgestellte Begriff der Vorwirkung bezieht" (Windscheid a. a. O.). — Der Grund, aus welchem z. B. der zeitliche Eigenthümer jede Deteriorirung unterlassen muß, ist nicht etwa ein obligatorisches Verhältniß zum Anwärter (sonst wäre ja sein Singularnachfolger dieser Beschränkung nicht unterworfen), sondern (doch vgl. §§. 613, 513 b. G. B.) die Absolutheit des künftigen Eigenthums des Anwärters. Erzeugt also das künftige Eigenthum einen schon in der Gegenwart existirenden absoluten Anspruch, so hat es die wesentlichen Merkmale eines Rechtes. Vgl. Jhering a. a. O. S. 451, 473. Die Wirksamkeit des künftigen

Digitized by Google

§. 60. Insbesondere Erwerbung ungebundener Rechte.

Dingliche Rechte werden entweder durch Handlungen des Berechtigten (Occupation, Tradition, Ersitzung u. s. w.), oder durch zufällige Thatsachen (Verbindung, Trennung, Einbringung der Illaten u. s. f.) neu begründet, und durch ähnliche Thatsachen auf andere Personen übertragen, worüber das Nähere bei der Darstellung der einzelnen dinglichen Rechte vorkommen wird. Die Entstehungsgründe der dem Obligationenrecht angehörigen Rechte sind: der obligatorische Vertrag, die Beschädigung, die Bereicherung und einige andere ebenfalls am geeigneten Orte darzustellende Thatsachen, während die Uebertragung derselben durch Erbgang und Cession vermittelt wird. Die Schulden entstehen mit den entsprechenden Forderungen gleichzeitig, während deren Uebergang auf ein anderes passives Subject durch Erbgang und Schuldübernahme bewirkt wird.[1])

Alle diese verschiedenen Entstehungs- und Uebertragungsthatsachen wirken, sobald die gesetzlichen Bedingungen da sind, für sich, ohne daß etwa auch noch ein besonderer darauf gerichteter concreter Anspruch wesentlich vorausgehen müßte. Im Gegensatze hiezu behauptete aber die ältere Doctrin, daß außer der Erwerbsthatsache (modus aequirendi) wesentlich auch ein derselben vorausgehender Rechtstitel (titulus) vorhanden sein müsse[2]), unter welch' letzterem man, wenigstens ursprünglich eine Thatsache verstand, durch welche der Anspruch auf Erwerbung des Rechtes begründet sein sollte[3]), so daß z. B. bei dem translativen Erwerb des Eigenthums der Kauf den Titel, die Tradition die Erwerbungsart bilden soll. Allein da sich bei Erwerbung des Eigenthums durch Occupation oder Ersitzung ein solcher vorausgehender Anspruch nicht nachweisen ließ, so erweiterte man, um die Regel allgemeingültig zu machen, den Begriff des Titels dahin, daß er überhaupt nur die rechtliche Möglichkeit des Erwerbes bedeuten soll; so soll bei dem Erwerbe durch Occupation die Herrenlosigkeit der Sache, oder die angeborene Freiheit, eine herrenlose Sache in Besitz zu nehmen, den Titel bilden. Nun paßte die Regel freilich auf jeden Rechtserwerb, wurde aber in dieser Abflachung zu einem selbstverständlichen, aller praktischen Bedeutung entbehrenden Satz. Darum wurde diese Theorie bereits im J. 1790 von Hugo[4]) angegriffen, und nachdem sie auch von Thibaut[5]), von

---

Rechtes in der Gegenwart zeigt sich auch bei der Verpfändung einer Sache für eine künftige Forderung; denn eine dem Pfandgläubiger nachtheilige Veräußerung oder Belastung kann nicht mehr geschehen (vgl. Ihering S. 484), und bei der Kaufpreisvertheilung muß der auf die künftige, hypothekarisch versicherte Forderung entfallende Theil des Erlöses deponirt, kann also nicht unter die jüngeren Pfandgläubiger vertheilt werden.

25) Ist durch eine spätere Thatsache das ungewisse Recht ein gewisses, das zukünftige ein gegenwärtiges geworden, so wird es häufig schon von dem Momente der rechtserzeugenden Thatsache als bestehend angenommen; man spricht in solchem Falle von der Rückwirkung der späteren Thatsache. Vgl. Arndts §. 57, Windscheid §. 67.

1) Vgl. Unger S. 18, 20.

2) Unger S. 8—13. Arndts §. 127.

3) In dieser Weise gibt das G. B. selbst das Wesen des Titels an in den §§. 451 und 1126.

4) Civ. Magaz. I. 11.

5) Civ. Versuche (1798) Nr. XI.

Digitized by Google

Schöman[6]) und endlich wiederholt von Hugo[7]) in ihrer Nichtigkeit bloßgelegt wurde, so verschwand sie seither aus den gemeinrechtlichen Lehrbüchern gänzlich, und wird höchstens noch als historische Notiz erwähnt. Die Verfasser des b. G. B. standen noch auf dem Boden der älteren Doctrin, und übertrugen daher die Lehre vom Titel und der Erwerbungsart in dieses. So finden wir an der Spitze der Lehre vom Eigenthumserwerb (§. 380) den Satz: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden", und in Ausführung dieses Satzes bezeichnet der §. 381 „die angeborene Freiheit, freistehende Sachen in Besitz zu nehmen", als Rechtstitel bei der unmittelbaren, der §. 424 den Vertrag, die letztwillige Anordnung, den richterlichen Ausspruch und das Gesetz als Rechtstitel bei der mittelbaren Eigenthumserwerbung. Ebenso fordert das G. B. Titel und Erwerbungsart bei der Erwerbung des Pfandrechtes (§§. 450, 451), der Servituten (§§. 480, 481), des Erbpacht-, Erbzins- und des Bodenrechtes (§. 1126), auch des Besitzes (§§. 316, 317) und des Erbrechtes (§§. 532, 533, M. R.); ja sogar auf dem Gebiete des Obligationenrechtes finden sich hieher gehörige Aussprüche, indem im Falle der Uebertragung einer Forderung die Cession nur als Rechtstitel, hingegen erst die Uebergabe des Schuldscheins als Erwerbungsart gelten soll (§§. 1392, 427). Gleichwohl ist diese Theorie auch für das österr. Recht zu verwerfen, da sie einen praktischen Werth nicht hat, und der Begriff des Titels ist nur insofern von Bedeutung, als ohne eine den Titel nachweisende Urkunde die Eintragung eines bücherlichen[8]) Rechtes — die Intabulation — nicht stattfinden kann (§§. 435, 445).

§. 61. Erwerbung gebundener Rechte.

Bei gebundenen Rechten muß zwischen der Entstehungsthatsache und jener Thatsache, durch welche das entstandene Recht mit dem bestimmten Zustand verknüpft wird, der Verknüpfungsthatsache genau unterschieden werden, und zwar um so mehr, als diese beiden Thatsachen der Zeit nach nicht immer zusammenfallen. Manche der hiehergehörigen Rechte, wie die Rechte aus Reallasten und Monopolen, Forderungen aus Inhaber- und Ordrepapieren können einige Zeit als freie Rechte bestanden haben und erst nachträglich durch die erwähnte Verknüpfung in gebundene Rechte umgewandelt worden sein; ebenso können manche Verbindlichkeiten als ungebundene juristisch existirt haben, und erst später in gebundene Schulden übergegangen sein, wie die nicht zum Zwecke der Begründung des Pfandrechtes intabulirten Schulden, die an einzelnen Grundstücken haftenden Monopole[1]), die in Reallasten umgewandelten Verbindlichkeiten zu immer-

6) Handbuch II (1806) Nr. VII.
7) Civ. Mag. IV. 6 (1812).
8) Nicht überhaupt die Erwerbung gebundener Rechte; bei Forderungen aus Inhaberpapieren kann zwar zwischen Titel und Erwerbsart unterschieden werden, aber der erstere ist zur Wirksamkeit der letzteren nicht wesentlich.
1) Wie das an einem einzelnen Grundstücke haftende Jagd- oder Fischereirecht, das Propinationsrecht in der neueren Gestaltung.

Digitized by Google

währenden periodischen Leistungen; aber auch in jenen Fällen, wo die bestimmte Berechtigung oder Verpflichtung sofort bei der Entstehung als gebundene auftritt, wie die Prädialservitut, das Eigenthum an einem eingetragenen Grundstücke, die Verbindlichkeit aus dem Autorrecht, die Rechtsgemeinschaft u. s. w. muß der Unterschied zwischen der Entstehungs- und der Verknüpfungsthatsache festgehalten werden. Die Entstehungsgründe der gebundenen Rechte und Schulden, wo diese gleich bei der Entstehung gebundene sind[2]), sind meistens ganz eigenthümliche[3]), nur ausnahmsweise mit jenen bei freien Rechten und Verbindlichkeiten zusammenfallende[4]), worüber das Nähere bei der Darstellung der einzelnen Fälle vorkommen wird. Eine besondere Eigenthümlichkeit bei einer Classe gebundener Rechte aber ist noch die, daß zu ihrer Erwerbung außer der Erwerbsthatsache auch ein besonderer darauf gerichteter klagbarer Anspruch, ein sog. Rechtstitel erfordert wird. Dies ist der Fall bei allen auf bestimmte Namen intabulirten Rechten (§§. 435, 445). Den zum Zwecke der Intabulation als ihrer Erwerbungsart erforderlichen Titel bilden hier: der Vertrag, die letztwillige Anordnung, der richterliche Ausspruch oder die Anordnung des Gesetzes (vgl. §. 424 b. G. B.), und selbst Ersitzung und Occupation, die bei ungebundenen Rechten Erwerbsarten bilden, werden, da hier die Intabulation die einzige zulässige Erwerbsart ist, nur als Titel betrachtet. Die Verknüpfung des einmal entstandenen Rechtes mit dem bestimmten Zustande geschieht regelmäßig durch das Gesetz (allgemeines oder specielles — Privilegium)[5]), ausnahmsweise durch den Willen des Verpflichteten (wie bei Inhaber- und Ordrepapieren), durch Intabulation (wie bei den zu Gunsten eines bestimmten Gutes intabulirten Reallasten)[6]) und durch Ersitzung (wie wenn bei Reallasten und Monopolen durch die Ersitzungszeit die Berechtigung von dem Grundbesitzer als solchem ausgeübt worden wäre); ebenso bildet bei gebundenen Schulden die Verknüpfungsthatsache regelmäßig das Gesetz (oder Privilegium)[7]), ausnahmsweise die Ersitzung (wie bei

2) Wo sie erst später gebundene Rechte geworden sind, von Haus aus aber ungebundene Rechte waren, entstehen sie nach den für die letzteren geltenden Grundsätzen.

3) Z. B. die juris quasi traditio bei Prädialservituten an nicht eingetragenen, die Intabulation bei dinglichen Rechten an eingetragenen Grundstücken, die Stiftung eines Beneficiums beim Patronat, die Bestellung eines jus in re bei Rechten des Eigenthümers gegen den Pfandgläubiger oder Servitutsberechtigten, das Realprivilegium bei manchen Monopolen; passiv: das Gesetz bei öffentlichen Lasten, dem Jagd- und dem Fischereirecht und den Regalien, das Privileg bei Bannrechten, Gewerben, Industrieprivilegien, Bergbauconcessionen, die Production eines literarischen oder artistischen Werkes beim Autorrecht u. s. w.

4) Wie die Ersitzung bei Servituten an nicht eingetragenen Grundstücken, bei Reallasten, Bannrechten, dem Jagd- und Fischereirechte, die versio in rem bei Feuerlöschkosten.

5) So bei Prädialservituten, Nachbarrechten, manchen Monopolen, den Rechten aus dem Gemeinschaftsverhältniß u. a.

6) Bei intabulirten dinglichen Rechten, wo die Intabulation Entstehungsgrund ist, kann sie zugleich als Verknüpfungsthatsache aufgefaßt werden, wenn man es nicht vorzieht, das Gesetz als solche gelten zu lassen.

7) So bei den Verbindlichkeiten aus der Grundnachbarschaft und der Gemeinschaft, bei der Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten, bei den Verbindlich-

Digitized by Google

Bannrechten, dem Jagd- und Fischereirecht) und die Intabulation (so bei Reallasten und sonstigen zum Zwecke der Wirksamkeit gegen Dritte intabulirten Schulden, ferner den auf einzelne Grundstücke sich beziehenden Monopolen).

Die Uebertragung gebundener Rechte und Schulden auf andere Berechtigte oder Verpflichtete wird immer nur durch den Eintritt in den betreffenden Zustand (Erwerb des Grundstückes, Apprehension des Ordre- oder Inhaberpapiers, Intabulation u. s. f.) bewirkt[8]), so daß also Veräußerung, Ersitzung oder Erbgang den gleichen Uebergang nur bei jenen gebundenen Rechten, deren Basis eben wieder ein Recht ist, und nur mittelbar dadurch bewirken, daß zunächst nur dieses Recht durch Veräußerung, Erbgang oder Ersitzung übertragen wird, während die gleichen Thatsachen bei gebundenen Rechten, deren Grundlage ein rein factischer Zustand ist, nämlich bei intabulirten Rechten und den Forderungen aus Inhaber- und Ordrepapieren, lediglich die Kraft eines Titels haben.[9]) Ebenso sind gebundene Schulden durchaus unvererblich, und wenn sie auf den Erben übergehen, so geschieht es nicht kraft des Erbrechts, sondern kraft des Eintrittes des Erben in jenen maßgebenden Zustand, in welchem sich auch der Erblasser befunden hatte, und eine Schuldübernahme gebundener Schulden als solcher ist ganz undenkbar.[10]) Vgl. übrigens hier §§. 483, 508 b. G. B.

Es gibt gebundene Rechte, deren Ausübung von einer gewissen persönlichen Eigenschaft des Berechtigten abhängig ist; so z. B. beim Patronat, zu dessen Ausübung die bestimmte Confession, bei einem radicirten Gewerbe, zu dessen Ausübung häufig dessen ordentliche Erlernung nothwendig ist. In solchen Fällen geht zwar das gebundene Recht nichtsdestoweniger an Jenen über, der sich in dem bestimmten Zustande befindet, und kann von ihm weiter übertragen, es kann aber von ihm nicht ausgeübt werden.[11])

§. 62. Die Belastung der Rechte.

Man versteht darunter die Beschränkung eines Rechtes durch ein sog. jus in re also z. B. durch Pfandrecht oder Servitut. Sie ist nur bei Rechten, nicht auch bei Verbindlichkeiten denkbar, bei ersteren aber, mögen sie von dinglicher oder obligatorischer Natur sein, wie es denn z. B. auch eine Verpfändung von Forderungen gibt. Familienrechte dagegen, wie sie keine Uebertragung zulassen, können auch nicht auf die erwähnte Art belastet

keiten aus den meisten Monopolen, den Verpflichtungen des Fruchtnießers und des Gebrauchsberechtigten u. s. f.

8) Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 44.

9) Darum wird der Erbe erst dann Eigenthümer des ererbten Grundstückes, wenn es auf seinen Namen intabulirt ist (§. 819 b. G. B.), und darum überträgt die Cession die Forderung aus einem Inhaber- oder Ordrepapiere erst dann, wenn der Cessionar auch den Besitz des Papiers erlangt hat.

10) Wer z. B. die Verpflichtung eines Reallastschuldners als Expromittent auf sich nimmt, wird nicht selbst wieder Reallastschuldner.

11) So „ruhen" z. B. nach kais. Vdg. 18. Febr. 1860 Nr. 44, 45 R. G. B. das Patronats-, das Vogteirecht und das Recht zur Schulpräsentation, wenn der Erwerber des Gutes ein Jude ist.

Digitized by Google

werden. — Zur Belastung eines Rechtes ist nach österreichischem Recht bloßer Vertrag, letzter Wille oder richterlicher Ausspruch nicht genügend, sondern es muß Tradition (oder juris quasi traditio) hinzutreten, worüber das Nähere im besonderen Theil.

Bei gebundenen Rechten gelten auch hinsichtlich der Belastung besondere Regeln. Ist der Zustand, an welchen sie gebunden sind, ein Recht (wie z. B. bei den sog. Realrechten), so kann das gebundene Recht nicht für sich allein, sondern nur mit dem Hauptrechte verpfändet oder zum Fruchtgenusse bestellt werden; die Belastung des Hauptrechtes ergreift aber auch nothwendig das mit demselben verknüpfte Nebenrecht, so daß eine separate Belastung weder des einen noch des anderen denkbar ist. So z. B. kann das einem Grundstücke zustehende Wasserleitungsrecht nicht abgesondert zum Pfande oder Fruchtgenusse bestellt werden, erscheint aber sofort ipso jure damit belastet, sobald das Grundstück selbst belastet ist.

Gebundene Rechte hingegen, bei denen der maßgebende Zustand eine reine Thatsache ist (wie z. B. Forderungen aus Inhaberpapieren, bücherliche Rechte) können, so wie sie nur durch das Eintreten einer anderen Person in den maßgebenden Zustand übertragen werden, auch nur dadurch belastet werden, daß der Inhaber des jus in re mit dem maßgebenden Zustand in die erforderliche Beziehung tritt. Darum wird die Forderung aus einem Inhaberpapier nur durch Aushändigung des Papiers, ein bücherliches Recht nur durch sog. Superintabulation verpfändet oder sonst belastet.

§. 63. Die Aenderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

Das Recht kann während seines Bestandes in seinem Inhalte eine Aenderung erleiden, ohne daß es aufhören würde, das vorige Recht zu sein, und diese Aenderung trifft naturgemäß auch die entsprechende Verbindlichkeit. Dies geschieht entweder quantitativ oder qualitativ.[1]) Ersteres ist der Fall, wenn sich der jetzige Zustand des Rechtes von dem früheren nur durch ein Mehr oder Minder unterscheidet[2]), wie z. B. bei der Erweiterung des Eigenthums oder Pfandrechtes durch Accession, der Forderung durch Zinsen, bei der Verminderung des Eigenthums durch Trennung der Früchte, der Forderung durch theilweise zufällige Unmöglichkeit der Leistung. — Letzteres, wenn das Object des Rechtes ganz oder theilweise ein anderes geworden ist, wie das Eigenthumsrecht durch Vermengung oder Vermischung, Verletzung, die Forderung durch verschuldete Leistungsunmöglichkeit. Diese Aenderung vollzieht sich von selbst, ohne daß es, obwohl sie Erwerb oder Verlust ist, der sonst zur Entstehung oder Erlöschung des betreffenden Rechtes erforderlichen Thatsachen bedürfte, und es gilt dies ebensowohl für gebundene als für ungebundene Rechte, so daß z. B. wenn auf einem Grundstücke ein Gebäude errichtet wird, es nicht etwa erst einer besonderen Intabulation bedarf, damit der Eigenthümer des Grundstückes zugleich Eigenthümer des Gebäudes werde. Wenn jedoch eine gebundene Schuld modificirt wird, ist

1) Windscheid §. 65. Arndts §. 56 a. E.

2) Windscheid a. a. O.

Digitized by Google

der durch die Modification entstandene Theil nicht nothwendig eine gebundene Schuld.[4]) Die Identität des derartig geänderten Rechtes mit dem vor der Aenderung bestandenen zeigt sich[5]) in der Fortdauer der Einreden, Privilegien, Pfandrechte, Bürgschaften und anderer Nebenrechte, dem Fortlaufen der Verjährung und Ersitzung. Näheres im besonderen Theile.

§. 65. Erlöschung gebundener Rechte und Schulden.

Gebundene Rechte und Schulden werden im Allgemeinen durch die gleichen Thatsachen aufgehoben, welche den Untergang ungebundener Rechte und Schulden bewirken[1]), und als besondere Erlöschungsart ist hier nur der Untergang der Sache[2]), welche den Träger des gebundenen Rechtes oder der gebundenen Schuld bildet (§§. 525, 467), zu bemerken (§§. 431, 445 u. a.). Bei jenen gebundenen Rechten, deren Basis nicht wieder ein Recht, sondern ein factischer Zustand ist, d. i. bei den durch Intabulation oder den Besitz eines Inhaber- oder Ordrepapiers begründeten Rechten gilt aber die Zerstörung des Zustandes auch als einzige subjective Erlöschungsart, und Zahlung, Compensation, Verzicht, Dereliction, Verjährung und andere Thatsachen, durch welche ungebundene Rechte ipso jure aufgehoben werden, gewähren hier höchstens einen persönlichen Anspruch gegen den Berechtigten auf diese Aufhebung — einen Rechtstitel — welcher also gegen dessen Singularnachfolger regelmäßig nicht geltend gemacht werden kann.[3]) Darum gilt für intabulirte Rechte und für Forderungen aus Inhaber- und Ordrepapieren der Grundsatz, daß dem später Berechtigten Einreden aus der Person des früher Berechtigten nicht entgegenstehen (§§. 443, 445, 469, 1120, 1443, 1500 b. G. B. Art. 82. W. O. Art. 303 H. G. B.).

---

3) Windscheid a. a. O. Hiedurch kann auch ein dingliches Recht in ein persönliches umgewandelt werden, wie im Falle der §. 378 b. G. B., §§. 26, 32 E. O.

4) Z. B. die Schadenersatzpflicht aus einem verletzten intabulirten Wiederkaufsrecht fällt nur dem Verletzer, nicht auch seinem Rechtsnachfolger zur Last. Anders beim Einstandsrecht (§. 1079 b. G. B.); auch die zufällige Erweiterung des Leistungsobjectes durch Früchte, Zuwachs u. s. w. trifft den Nachfolger des Schuldners, wenn die auf die Leistung gerichtete Forderung intabulirt ist.

5) Windscheid §. 327 Anm. 1. Wird z. B. eine in der Ersitzung begriffene Sache specificirt, so wird dadurch die Ersitzung nicht unterbrochen, — und war die Sache verpfändet, so bezieht sich offenbar das Pfandrecht auch auf die Sache in ihrer neuen Gestalt.

1) So erlöschen Prädialservituten und Reallasten an nicht eingetragenen Grundstücken durch Verzicht, Consolidation, Zeitablauf, Verjährung, eventuell durch Subhastation, das Patronat durch Verjährung, Monopole durch Verzicht, Verjährung und zuweilen durch Zeitablauf u. s. f. Vgl. Unger I. S. 579 Note 44.

2) Bei intabulirten dinglichen Rechten gibt es, da sie nicht eine Sache zum Träger haben, keine objective, sondern nur eine subjective Erlöschung, — es sei denn, daß sie vorläufig in freie Rechte umgewandelt worden sind (§§. 444, 445 b. G. B.), oder daß auf das intabulirte Recht verzichtet und der Verzicht ebenfalls intabulirt wurde.

3) Bezüglich der intabulirten Rechte vgl. §§. 443, 444, 469, 1443, 1500 a. a. b. G. B.; bezüglich der Wechsel Thöl Wechselrecht §. 322, wo er bemerkt, daß die erwähnten Thatsachen die Wechselrechte nicht aufheben, sondern nur deren Ausübung beschränken; bezüglich der Inhaberpapiere Gerber §. 160.

Digitized by Google

Als besondere Eigenthümlichkeit der Mehrzahl der gebundenen Rechte und Schulden[4]) ist ferner zu bemerken, daß sie durch Confusion und durch Dereliction der Sache[5]) nicht wie ungebundene Rechte erlöschen,[6]) sondern dadurch nur einem vorübergehenden Stillstande unterworfen werden, somit auch zeitweilig als subjectlose Rechte[7]) fortbestehen können.

Verschieden von der Erlöschung der gebundenen Rechte und Schulden ist deren Trennung von dem maßgebenden Zustande, wodurch nur deren Eigenschaft als gebundener Rechte erlischt, während sie als ungebundene Rechte und Verbindlichkeiten fortbestehen.[8]) Hieher gehört bei intabulirten Schulden (z. B. §§. 1070, 1073, 1095 u. a.) deren Extabulation, bei Forderungen aus Ordre- oder Inhaberpapieren die Amortisation des verloren gegangenen Papiers, oder die unter Rückstellung desselben getroffene vertragsmäßige Umwandlung in freie Forderungen, bei Reallasten, die zugleich Realrechte sind, deren mit allseitiger Zustimmung vorgenommene Trennung von dem berechtigten Gute u. s. w. Solche Trennungsacte sind jedoch nicht immer in das Belieben der Parteien gestellt[9]); oft widersprechen sie der Natur der Sache und daher dem objectiven Rechte, wie bei Prädialservituten (§. 485 b. G. B.) und den aus der Grundnachbarschaft und der Rechtsgemeinschaft hervorgehenden Rechten, oder sie sind durch specielle gesetzliche Bestimmungen für unzulässig erklärt, wie bei gewissen Realprivilegien[10]), bei dinglichen Rechten an eingetragenen Grundstücken[11]), oder es wird die Trennung nur durch besondere behördliche Bewilligung gestattet, wie bei radicirten Gewerben[12]) u. s. w. Eine abgesonderte Verpfändung eines Realrechtes unterliegt derselben Beschränkung wie dessen Trennung von dem Hauptrechte[13]), während eine abgesonderte Verpachtung regelmäßig keinem rechtlichen Anstand unterliegt.[14])

Gröning im Civ. Arch. XLV. S. 70 u. a. Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 444 sagt, daß Rechte, die activ an die Innehabung eines gewissen Verhältnisses geknüpft sind, so lange dauern als letzteres selbst, also nicht untergehen, wenn sich vorübergehend kein Träger für dasselbe findet.

4) Das Gesagte gilt nicht für Prädialservituten und Reallasten an einzelnen, nicht eingetragenen Grundstücken, auch nicht für Rechte des Eigenthümers einer (ohne Intabulation) belasteten Sache gegen den Pfandgläubiger oder Servitutsberechtigten.

5) Der Sache, welche Trägerin des Rechtes ist, wie bei Realrechten, oder jener, welche das Object des Rechtes bildet, wie bei intabulirten dinglichen Rechten.

6) So auch Ihering S. 444, 446 f. Bekker S. 44 f.

7) Vermuthlich hat das G. B. dies im Sinne, indem es in §. 314 von „freistehenden" d. i. subjectlosen Rechten spricht.

8) Sie werden also dann durch Erbgang, Cession u. s. w. übertragen.

9) Bezüglich der Realrechte behauptet Unger I. S. 579, daß die Trennung im Zweifel unzulässig sei.

10) Z. B. dem Patronat, der Landstandschaft, der Steuerfreiheit.

11) So ist z. B. die gänzliche Löschung eines Grundstückes im öffentlichen Buche nur zulässig, wenn es untergegangen oder in eine res publica verwandelt worden wäre; eine Servitut oder ein Pfandrecht an einem eingetragenen Grundstücke kann nur zum Zwecke der Aufhebung gelöscht werden.

12) Hofd. 20. Febr. 1795 lit. b und 12. Juni 1835; s. Unger I. S. 579 Note 43.

13) Unger S. 579.

14) Unger a. a. O.; unzulässig wäre die abgesonderte Verpachtung einer Prädialservitut (§. 485), eines Patronats.

Digitized by Google

§. 70. Modification der Rechtsfähigkeit durch Ehrenminderung.

Unter Ehre versteht man die bürgerliche Achtung, die Jemand genießt. Eine Verminderung derselben kann je nach den Anschauungen des Volkes einen verschiedenartigen Einfluß auf die Rechte des in der Achtung Gesunkenen üben, namentlich auf die politische Stellung desselben, welche von einer gewissen Achtung und Würde abhängig sein kann. Auf die Privatrechte wird sie in der Regel ohne Einfluß bleiben, da deren Genuß meist unabhängig ist von dem Genusse einer gewissen Achtung; doch gibt es allerdings Fälle, in denen die Privatrechtsfähigkeit mit der Vertrauenswürdigkeit im Zusammenhange steht, und wo sich daher auch die Ehrenminderung wirksam zeigen wird.

Das römische Recht kannte verschiedene Grade der Ehrenminderung, die es mit den Namen: infamia, turpitudo und levis notae macula bezeichnete, mit entsprechenden Modificationen der Rechtsfähigkeit.[2]) Noch tiefer greifende Wirkungen der Ehrenminderung kannte das alte deutsche Recht.[3]) Die Vereinigung beider Doctrinen erzeugte eine Normirung dieses Zustandes, welche zwar nicht die Strenge des alten deutschen Rechtes erreicht, wohl aber jene des römischen in Manchem überbietet[4]) und in wesentlichen Stücken in das österreichische Recht übergegangen ist.

Auch nach österreichischem Recht kann unterschieden werden zwischen dem Zustande der Ehrlosigkeit und der Verächtlichkeit, so wenig auch diese Ausdrücke der Gesetzgebungssprache bekannt sind. Unter Ehrlosigkeit (Infamie, infamia juris) versteht man die in Folge der Verurtheilung[5]) wegen eines Verbrechens entstandene Ehrenminderung. Man unterscheidet zwischen der einfachen und der qualificirten Infamie. Erstere tritt wegen jeder solchen Verurtheilung ein, und hatte bis zur neueren Zeit, abgesehen von publicistischen Wirkungen (Verlust der Orden, Titel, des Amtes u. s. w.) zur Folge: den Verlust öffentlicher Agentien und die Unfähigkeit zu jeder Parteienvertretung vor öffentlichen Behörden (also Unfähigkeit zur Eingehung und Ausübung der diesbezüglichen Vollmachtsverträge, §. 26, lit. f. St. G. B.), ferner die Unfähigkeit zur Führung der Vormundschaft und Curatel (§§. 191, 281 b. G. B.) und die Bedenklichkeit des gerichtlichen Zeugnisses (§. 142 a. G. O.). Durch das Gesetz v. 15. Nov. 1867 Nr. 131 R. G. B. (Strafgesetznovelle) wurden jedoch, wie überhaupt rücksichtlich der Infamie, so insbesondere rücksichtlich der einfachen Infamie in Betreff der der Civilstrafgerichtsbarkeit unterstehenden Personen wichtige Veränderungen

1) Vgl. Unger I. S. 261 f. Savigny II. S. 170 f., 516 f. Puchta Pand. §. 119, 120. Vangerow I. §. 46 f. Gerber §. 39 f. Luden in Weiske's Rechtslex. III. S. 607 f. Welcker im Staatslex. 2. Aufl. VII S. 377 f. Berger Krit. Beitr. S. 122, 131 f. verwirft diese Lehre für das österr. Recht gänzlich.

2) Vgl. insbes. Savigny II. §. 76 f. Keller §. 23.

3) Gerber §. 39. Luden S. 623 f. Unger S. 265 f. Das deutsche Recht kennt die drei Gradationen: Ehrlosigkeit, Verächtlichkeit und Anrüchigkeit.

4) Gerber a. a. O.

5) Die Frage, wann sie eintritt, ist also eine strafrechtliche. Gerber §. 40. Nach röm. R. gab es auch eine sog. infam. immediata, die ohne Verurtheilung eintrat. Vgl. Puchta §. 120.

Digitized by Google

getroffen. Als Wirkung der Verurtheilung wegen jedes Verbrechens blieb nur die mögliche Folge übrig, daß der Verurtheilte nach Ermessen des Vormundschafts- oder Curatelgerichtes von Vormundschaften oder Curatelen ausgeschlossen werden kann (§. 5, Abs. 2 des cit. Ges.). Die qualificirte Infamie ist eine Folge entweder einer gewissen Art der Verurtheilung oder der Verurtheilung wegen einer gewissen Art von Verbrechen oder Uebertretungen. So ist eine Folge der Verurtheilung wegen anderer als der im Abs. 2 des §. 6 der Novelle aufgezählten[6]) Verbrechen, also z. B. wegen Mißbrauchs der Amtsgewalt, Creditpapierverfälschung, Nothzucht, Mord, Brandlegung, Diebstahl, Veruntreuung, Betrug u. s. w. (entehrende Verbrechen) die Bedenklichkeit des gerichtlichen Zeugnisses (§. 142 a. G. O., Abs. 2 des §. 6 der Nov.), die Unzulässigkeit der Aufnahme in den Staatsverband (§. 29 b. G. B.); die Verurtheilung bildet einen Scheidungsgrund (§. 109), wenn sie auf wenigstens 5 Jahre lautet, sogar einen Trennungsgrund (§. 115) und die wenigstens einjährige zieht den Verlust der väterlichen Gewalt nach sich (§. 176); die Verurtheilung wegen gewisser strafbarer Handlungen kann auch erbunfähig machen (§§. 540, 542, 543); erfolgt die Verurtheilung wegen der erwähnten Verbrechen zu einer lebenslänglichen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe, so kann der Verurtheilte enterbt werden (§. 768, Nr. 3 b. G. B.). Die Verurtheilung wegen Verbrechens oder Uebertretung des Diebstahls, der Veruntreuung, der Theilnehmung an derselben und des Betruges zieht überdies die Verwerflichkeit des gerichtlichen Zeugnisses (§. 140 a. G. O.), die Unfähigkeit zum Solennitätszeugnisse (§§. 592, 1249, 434)[7]) und die Unfähigkeit zur Parteienvertretung vor den öffentlichen Behörden, wie zur Advokatur, zum Notariat und zur öffentlichen Agentie nach sich (Abs. 1 des §. 6 der Nov.). Diese nachtheiligen Folgen der Verurtheilung (wegen anderer als der im Abs. 2 des §. 6 cit. aufgezählten strafbaren Handlungen) sind jedoch nur temporär, indem sie bei einer Verurtheilung, die auf wenigstens 15 Jahre lautet, nach 10, sonst in 5 Jahren, und bei den Uebertretungen des Diebstahls, des Betrugs und der Veruntreuung schon in 3 Jahren aufhören.[8])

---

6) Aufgezählt sind: Hochverrath, Störung der öffentlichen Ruhe, Aufstand und Aufruhr, einige Fälle der öffentlichen Gewaltthätigkeit, Zweikampf, Vorschubleistung.

7) Zu den beiden letzten Punkten vgl. Berger Krit. Beitr. S. 130 f.

8) Die Praxis schwankt. Nach einer Entsch. (Jud. B. Nr. 89, G. Z. 1874 Nr. 49 [= Sammlung XII. Nr. 5390.]) soll die Verwerflichkeit des Zeugnisses eines wegen Verbrechens des Betrugs Verurtheilten unbeschränkt aufrecht verbleiben und auch nach Ablauf der in der Nov. bezeichneten Frist fortdauern, weil dieses Gesetz nur die den Verurtheilten selbst treffenden Folgen, nicht aber auch die Folgen der Verurtheilung in Ansehung der Rechte Dritter alteriren wollte. Der erwähnte Zeitablauf beseitigt nur die Unfähigkeit zur Erlangung der im §. 6 genannten „Vorzüge und Berechtigungen", er beseitigt auch die daselbst nur angedeuteten, aber nicht aufgezählten „nachtheiligen Folgen" der Verurtheilung, er stellt aber z. B. die verlorene Advokatur nicht wieder her (§. 8 ebda). In einer andern Entsch. (G. H. 1871 Nr. 76 [= Sammlung IX. Nr. 4159] wurde jedoch ein wegen Verbrechens aus Gewinnsucht Verurtheilter nach 5 Jahren als giltiger Testamentszeuge erklärt.

Digitized by Google

Für die der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstehenden Personen bleiben jedoch die obenerwähnten nachtheiligen Folgen der Verurtheilung wegen eines Verbrechens (als: Unfähigkeit zur Parteienvertretung vor öffentlichen Behörden, zur Vormundschaft, zur Zeugnißabgabe u. s. w.) aufrecht (Eingang der cit. Nov.), erreichen jedoch mit dem Austritte aus dem Militärverbande ihr Ende.

Die Verächtlichkeit (turpitudo, infamia facti) ist eine Folge der Verurtheilung durch die öffentliche Meinung wegen unsittlicher oder verächtlicher Lebensweise. Man wird hieher zählen die öffentlichen Dirnen, die Kuppler, die leichtsinnigen Cridatare, die Landstreicher u. s. w. Solche Personen sind unfähig zur Vormundschaft und Curatel (§§. 191, 281), nach Umständen zum Betriebe eines Gewerbes, zu dessen Leitung oder Pachtung (§§. 7, 8, 58 der Gew. O. v. 20. December 1859) und können bei beharrlicher Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit enterbt werden (§. 768, Nr. 4 b. G. B.).

Die deutschrechtliche Anrüchigkeit (levis notae macula), welche mit der unehelichen Geburt und mit gewissen Gewerben verbunden war, und im ersten Falle durch Legitimation durch den Landesfürsten (sog. legit. ad honores) gehoben werden konnte, ist im österreichischen Rechte beseitigt worden (§. 162 a. A. b. G. B.).

Die Wirkungen der Ehrenminderung haben das Eigenthümliche, daß sie in jenen Fällen, wo sie durch Verurtheilung herbeigeführt werden, mit der ausgestandenen Strafe nicht aufhören, sondern theils lebenslänglich, theils wenigstens eine geraume Zeit nach derselben fortdauern, wenn nicht eine restitutio famae stattfindet, was indessen nur hinsichtlich einzelner Folgen der Ehrenminderung angeordnet erscheint (§. 8 des Gew. Ges., §. 26 St. G. B.).

§. 71. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Straffälligkeit.

Die Straffälligkeit erzeugt noch besondere civilrechtliche Nachtheile für den Straffälligen,[1]) welche aber, da sie nur eine Folge der Strafbarkeit sind, mit der ausgestandenen Strafe sofort aufhören (§. 225 St. G.). Mit der Verurtheilung zum schweren Kerker oder zur Todesstrafe ist nach den Bestimmungen des b. G. B. die Unfähigkeit zur Eheschließung (§. 61), zur Errichtung eines letzten Willens (§. 574), sowie zur selbständigen Abschließung eines jeden Geschäftes, dessen Inhalt Veräußerung oder Uebernahme von Verpflichtungen ist, verbunden (§. 868 b. G. B., §. 27, lit. b. St. G.), daher solchen Verbrechern, wenn sie ein Vermögen besitzen, das durch die länger dauernde Strafe einer Gefahr ausgesetzt sein würde, ein Curator bestellt werden soll (§. 279). Diese Beschränkungen der Handlungsfähigkeit sind zwar durch den §. 5 Strafnov. cit. für die der Civilstrafgerichtsbarkeit

1) Nie eine Vernichtung der Rechtsfähigkeit oder bürgerlichen Tod. Zeitler Ztschr. f. österr. RG. 1826 II. S. 161 f.

Digitized by Google

unterstehenden Personen aufgehoben worden[2]), verblieben aber für die der Militärstrafgerichtsbarkeit Unterstehenden aufrecht (Eingang der Nov.).

Bei den im §. 6, Abs. 2 der Nov. aufgezählten Verbrechen (Hochverrath, Störung der öffentlichen Ruhe, Aufstand und Aufruhr, einige Fälle der öffentlichen Gewaltthätigkeit, Zweikampf, Vorschubleistung), tritt während der Strafdauer die Unfähigkeit ein, die im ersten Absatz daselbst genannten Vorzüge und Berechtigungen zu erlangen (namentlich Advokatur, Notariat, Parteienvertretung vor öffentlichen Behörden, ein öffentliches Amt u. s. w.).

Besondere Wirkungen der Strafwürdigkeit sind mit der Desertion aus der activen Dienstleistung bei der österreichischen Armee (Linie und Reserve) verbunden. Vom Tage der Entweichung bis zur Stellung oder Einlieferung ist der Deserteur unfähig, aus was immer für einem Titel innerhalb der Monarchie etwas zu erwerben oder zu veräußern; er ist testirungs- und erbunfähig und auch jede früher gemachte testamentarische Anordnung verliert ihre Wirksamkeit (§. 208 M. St. G.). Die ganz gleichen Wirkungen sind nach dem Gesetz v. 24. März 1832 §§. 10, 11 mit der unbefugten Auswanderung verbunden und zwar vom Tage der eingetretenen Rechtskraft des gerichtlichen Erkenntnisses, durch welches der Betreffende der unbefugten Auswanderung schuldig erkannt wurde.[3]) Da aber das St. G. G. vom 21. December 1867 Nr. 142 R. G. B. bestimmt, daß die Freiheit der Auswanderung nur durch die Wehrpflicht beschränkt ist, so sind damit auch die erwähnten Wirkungen der (unbefugten) Auswanderung beseitigt, und kommen, da das Gesetz nicht zurückwirkt, höchstens für vergangene Fälle zur Anwendung.

§. 72. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Religionsverschiedenheit.

Nach Justinianischem Rechte hatte das Religionsbekenntniß einen bedeutenden Einfluß auf die Rechtsfähigkeit; ebenso nach dem deutschem Rechte, besonders in Betreff der Juden, während die christlichen Religionsparteien theilweise schon durch den westphälischen Frieden, auf das Bestimmteste aber durch die Bundesacte von 1815 als gleichberechtigt erklärt wurden. Das österr. G. B. erklärt im Allgemeinen den Genuß von Privatrechten für unabhängig vom Religionsbekenntniß, weist aber zugleich auf Ausnahmen hin (§. 39). Letztere betrafen insbesondere die Juden, welche bis vor nicht langer Zeit von manchen den Christen zustehenden Berechtigungen, namentlich in der Regel vom Besitze unbeweglicher Güter ausgeschlossen waren. Alle diese Beschränkungen sind durch das St. G. G. v. 21. December 1867 Nr. 142, §. 14 beseitigt worden, welcher erklärt, daß der Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte vom Religionsbekenntniß unabhängig ist.

---

2) Vgl. Harum G. Z. 1868 Nr. 10. Dostal die Strafgesetznov. v. 15. Nov. 1867 Wien 1868. Die Aufhebung des §. 279 betreffend insbes. Entsch. G. Z. 1874 Nr. 24 [= Sammlung XII. Nr. 5233].

3) Unger G. Z. 1863 Nr. 24 und die daselbst mitgetheilte Plenarentsch. v. 20. Mai 1862 = Jud. B. Nr. 46 G. Z. 1872 Nr. 78 [Sammlung IV. Nr. 1521].

Digitized by Google

§. 73. Modification der Rechtsfähigkeit wegen mangelnder Staatsbürgerschaft.[1]

Nach deutschem Rechte galten die Fremden ursprünglich als rechtlos.[2] Diese Rechtlosigkeit hatte namentlich die Folge, daß, wenn ein Fremder im Inland starb, sein Nachlaß vom Territorialherrn einfach eingezogen wurde (jus albinagii, droit d'aubaine)[3], es sei denn, daß er sich dessen Schutz erbeten hatte, in welchem Falle als Schutztaxe ein gewisser Theil des an Auswärtige fallenden Vermögens entrichtet werden mußte, was später auf jedes unter dem Titel der Singular- oder Universalsuccession an Auswärtige fallende Vermögen ausgedehnt wurde, und Abschoß (gabella hereditaria) hieß. Aus den gleichen Gründen wurde von allem beim Auswandern in das Ausland gelangenden Vermögen eine sog. Nachsteuer (Abfahrtsgeld, gabella emigrationis, detractus personalis) abgenommen.[4] Diese Institute haben sich theilweise noch in die Neuzeit herübergerettet.

Das österreichische Recht geht im Allgemeinen von dem Princip aus, daß Fremde in dem Genusse der Privatrechte den Inländern gleichgestellt sind (§. 33 a. A. b. G. B.). Danach werden namentlich die Fremden zur Erwerbung von Grundeigenthum zugelassen[5]; sie können ihr Vermögen

1) Man nennt die Staatsbürgerschaft auch Indigenat (vgl. Gerber §. 47); in Oesterreich bezeichnet man jedoch mit dem letzteren Ausdruck das Verhältniß eines Fremden, vermöge dessen er sowohl in staatsrechtlicher als privatrechtlicher Hinsicht den Einheimischen gleichgestellt wird (Unger I. S. 292 Note 6). Das Indigenat heißt auch Incolat, obwohl es scheint, als ob man mitunter zwischen beiden unterscheide (§. 14 des Avit. Pat.). Man kann in Oesterreich das Incolat in einem Lande besitzen, in dem anderen nicht. Vgl. auch Schwarze in Weiske's Rechtslex. VII. S. 900 f. Besque Internat. Pr. R. S. 21 versteht unter Incolat oder Indigenat im österr. Sinne das Verhältniß, wonach einem Fremden in einem österr. Kronlande gewisse Rechte zugestanden worden sind (z. B. das Recht, adelige Güter zu besitzen, der Eintritt in die Landmannschaft u. s. w.), die sonst nur den Eingeborenen dieses Kronlandes zukommen. Der Indigena wurde dadurch nicht österr. Unterthan.

2) Eichhorn Rechtsgesch. §. 46.

3) Dieses Recht wurde in Oesterreich.-Italien erst durch das Hofd. 18. Sept. 1815 Nr. 1173 aufgehoben; in dem Königreich beider Sicilien erst durch die Bdg. 12. Aug. 1818 (Hofd. 6. Nov. 1818. — Winiwarter Handb. I. S. 142). Vgl. Besque S. 204 f. In Beziehung auf das Vermögen aufgehobener juristischer Personen besteht dieses Recht (als droit d'épave, Epavirung) noch aufrecht, und darnach wird, wenn eine ausländische juristische Person aufgehoben wird, welche im Inlande Vermögen besitzt, dieses vom österreichischen Fiscus eingezogen, und selbst im Falle der Wiederherstellung der ausländischen Corporation nicht wieder zurückgestellt. Vgl. Besque S. 209 f., und über das Verfahren die a. h. Entschl. 26. Sept. 1846 Nr. 985 J. G. S.

4) Gerber §. 48.

5) Nach Hofd. 28. Febr. 1788 waren Ausländer von der Erwerbung von Bauerngütern ausgeschlossen, und von dieser Beschränkung nur die Angehörigen der deutschen Bundesstaaten ausgenommen (Art. XVIII d. Bundesacte). Mit Recht wird diese Beschränkung als (mit dem Entfallen des Begriffs eines Bauerngutes) aufgehoben angesehen (Unger S. 302. Besque S. 171 f.), und dies umsomehr, als das Kundm. Pat. für Ungarn und Siebenbürgen im Art. VII Nr. 1 alle auf das aufgehobene Unterthänigkeitsverhältniß sich beziehenden Bestimmungen des b. G. B. für unanwendbar erklärt und §. 14 des Avit. Pat. sogar für Ungarn und Siebenbürgen die bis dahin bestandene Ausschließung der Fremden vom Grundbesitze gänzlich aufhebt. Vgl. auch Min.

Digitized by Google

an Fremde und Einheimische vererben, sie können In- und Ausländer beerben, können Inländer vor inländischen Gerichten klagen und vor denselben belangt werden, wenn deren Competenz nach den im Allgemeinen für die Inländer geltenden Competenzgesetzen begründet ist[6]), namentlich wenn sie ihren Wohnsitz im Inlande aufschlagen. Eine Ausnahmsbegünstigung genießen diesfalls die fremden diplomatischen Personen, denen ein sog. Repräsentativcharakter zukommt, sammt ihren Angehörigen und ihrer Dienerschaft; es kommt ihnen die völkerrechtliche Begünstigung der Exterritorialität zu, vermöge deren sie vor inländischen Gerichten nicht belangt werden können (§. 38 b. G. B.).[7])

Diese Gleichberechtigung erleidet aber zuweilen eine Beschränkung durch das, wie in andern europäischen, so auch in der österreichischen Gesetzgebung angenommene Retorsions- oder Reciprocitätsprincip. Dieses besteht darin, daß Angehörige jener fremden Staaten, in denen die österreichischen Staatsbürger minder günstig als die eigenen behandelt werden, bei uns die gleiche Zurücksetzung zu gewärtigen haben.[8]) Insoferne kann also der Mangel der Staatsbürgerschaft eine Verminderung der Rechtsfähigkeit erzeugen, und nur in diesem Sinne ist es zu nehmen, wenn §. 28 b. G. B. erklärt, daß man den vollen Genuß der bürgerlichen Rechte durch die Staatsbürgerschaft erlange.[9]) Eine aus dem gleichen Princip hervorgehende weitere Beschränkung besteht darin, daß die Fremden aus jenen Staaten, deren Benehmungsweise nicht bekannt ist, in vorkommenden Fällen zu beweisen haben, daß der fremde Staat die österreichischen Staats-

---

Erl. 28. Febr. 1849 Nr. 144. — Der Fremde, welcher im Inlande Grundeigenthum besitzt, heißt technisch ein Forense (Gerber §. 47. Unger S. 300), in Oesterreich auch „gemischter Unterthan", „sujet mixte"; vgl. Besque S. 19 f.

6) Der Forense kann mit allen dinglichen Klagen, die sich auf sein inländisches Besitzthum beziehen, vor dem österr. Richter belangt werden (Landsassiatus minus plenus). Gengler Lehrb. S. 120. Unger S. 301.

7) Als Forense unterliegt sogar der Exterritoriale den inländischen Gerichten. Besque S. 197 f.

8) In Folge dessen sind türkische Unterthanen mit Ausnahme der Moldauer, insofern es sich um die Successsion in den Nachlaß eines Oesterreichers handelt, in Oesterreich erbunfähig (Hofd. 23. Dec. 1778 und 23. Oct. 1820, Anhang Nr. 46, 47), sowie auch von dem Besitze unbeweglicher Güter ausgeschlossen, was sogar ihre Ehegattinnen, welche vor der Verehelichung österreichische Unterthanen waren, trifft (Hofd. 24. Febr. 1816 Anhang Nr. 42). Besitzunfähig sind auch Montenegriner (Hofd. 14. Jänner 1846). Gleich den Moldauern wurden auch die Angehörigen der Walachei und Serbiens behandelt, trotzdem darüber keine besondere Kundmachung erfolgt war. Durch Min. Vdg. 28. Juni 1865 Nr. 46 wurden die Moldo-Walachen ausdrücklich zum Besitze von Liegenschaften befähigt erklärt. — Durch Prot. 5. Novemb. 1868 Nr. 5. R. G. B. ex 1869 wurde das türkische Gesetz v. 18. Juni 1867 kundgemacht, laut dessen Fremde in der Türkei „aus demselben Rechtstitel wie ottomanische Unterthanen" unbewegliche Güter erwerben können; damit dürfte nun wohl auch die Besitzunfähigkeit der ottomanischen Unterthanen in Oesterreich als aufgehoben zu betrachten sein.

9) Zur Zeit der ersten Publication des b. G. B. gab es noch anderweitige privatrechtliche Beschränkungen der Fremden, namentlich die Ausschließung vom Besitze der Bauerngüter, und in einzelnen Ländern auch von sog. landtäflichen Gütern, nämlich wenn zu deren Besitz die sog. Landtafelfähigkeit gefordert wurde,

Digitized by Google

bürger in Rücksicht des Rechtes, wovon die Frage ist, gleich seinen eigenen Bürgern behandle (§. 33 b. G. B.).[10])

Nach diesen Grundsätzen richtet sich insbesondere auch das Recht der Fremden zu Vermögensexportationen mit oder ohne Abzug des Abschosses oder der Nachsteuer.[11]) Dieser Abzug tritt gegenüber Angehörigen jener Staaten nicht ein, mit denen sog. Freizügigkeitsverträge bestehen[12]), oder rücksichtlich deren es durch besondere Kundmachungen bekannt ist, daß sie Vermögen frei nach Oesterreich exportiren lassen.[13]) Wo dies nicht der Fall ist, kann der freie Abzug nur gegen Lieferung des im §. 33 cit. angedeuteten Beweises oder des Reverses de observando reciproco[14]) gestattet werden; wird er nicht erbracht, so findet die Abnahme dieses Abzuges statt.[15])

Das b. G. B. enthält auch Bestimmungen über Erwerbung und Verlust der Staatsbürgerschaft, daher diese Fragen, obwohl sie staatsrechtlicher Natur sind, im Nachfolgenden besprochen werden sollen.

Die Staatsbürgerschaft wird *erworben*:

1) Durch *Geburt* (§. 28), deren Ort gleichgiltig ist. Bei unehelichen Kindern richtet sich die Staatsbürgerschaft nach der Mutter (arg. §. 165 b. G. B.).[16]) Die Adoption begründet die Staatsbürgerschaft nicht[17]), wohl aber die Legitimation, wenn der Legitimirte noch minderjährig ist (arg. §. 146, Hofd. v. 29. Mai 1817 und 30. Aug. 1832, Anh. Nr. 12).[18])

---

die entweder durch das sog. Indigenat (Note 1) oder durch besondere Dispens erlangt wurde.

10) Dies geschieht entweder durch Vorlage des fremdländischen Gesetzes, welches von Amtswegen zu kennen der österr. Richter nicht verpflichtet ist (Hofd. 23. Octob. 1801), oder durch Beibringung eines Reverses de observando reciproco (Min. Vdg. 22. Sept. 1858 Nr. 154 R. G. B.), nach *Besque* S. 89 f. nur durch Bestätigung der ausländischen Behörde über das betreffende ausländische Recht.

11) Beide heißen in Oesterreich „Abfahrtsgeld".

12) Ein Verzeichniß dieser Staaten bringt der Min. Erl. 22. Sept. 1858 Nr. 155. Vgl. auch *Besque* S. 214—222.

13) Diese sind: Großbritannien und Irland, Frankreich, die Moldau und die jonischen Inseln.

14) Hofd. 18. Sept. 1815 Nr. 1173 J. G. S. Sie sind von den bezüglichen Obergerichten derjenigen Provinz auszustellen, worin der fremde Unterthan, dem eine Erbschaft in Oesterreich angefallen ist, wohnhaft ist. Ueber die Form vgl. Hofd. 11. Juli 1817 Nr. 1344 und 1. Mai 1819 Nr. 1557 J. G. S. Vgl. auch *Besque* S. 207—209 und §. 51 C. O.

15) Er besteht meist in 10% des zu exportirenden Vermögens. *Besque* S. 211—222.

16) *Besque* S. 56 u. A.

17) Arg. verb: „durch die Geburt" im §. 28 cit. *Besque* S. 56.

18) Hofkzd. 29. Mai 1817 (*Barth-Barthenheim* polit. Administr. I. S. 68) und Ausw. Pat. 24. März 1832 §. 19 motiviren den Satz, daß Kinder den Eltern, die Gattin dem Gatten im Staatsbürgerrecht folgen, damit, daß sie auch dem Stande des Vaters und Gatten folgen, und das Hofkzd. v. 1832 cit. bestimmt: die Erwerbung der österr. Staatsbürgerschaft hat in den Fällen der §§. 29, 30 b. G. B. nicht die Wirkung, daß auch die zur Zeit der Erwerbung bereits großjährigen Kinder des Ausländers, welcher österr. Staatsbürger geworden ist, diese Staatsbürgerschaft erlangen. A. M. gleichwohl *Unger* S. 294 und *Harum* in Haimerl's Mag. X. S. 254. Nach *Besque* S. 57 verleiht Legitimation ohne weitere Unterscheidung die Staatsbürgerschaft.

Digitized by Google

Rücksichtlich der Findelkinder entscheidet der Fundort, umsomehr als sich danach auch die Versorgung durch ein inländisches Waisenhaus richtet.[19])

2) Durch Verleihung und zwar:

a) die stillschweigende. Sie tritt ein

aa) bei der Aufnahme in einen öffentlichen Dienst (§. 29 b. G. B.). Darunter ist aber nur ein wirklicher Staatsdienst, nicht aber auch eine provisorische oder andere öffentliche Dienstleistung oder die bloße Verleihung der Geheimraths- oder Kämmererswürde zu verstehen (Hofd. v. 15. April 1828 und 6. April 1833, Anh. Nr. 5). Auch die Bekleidung des Charakters eines k. k. Officiers und der Dienst der Mannschaft in der Armee oder Finanzwache genügt nicht (Hofd. v. 29. September 1818 und 13. Jänner 1831, Anhang Nr. 6 u. 7);

bb) durch die Verehelichung einer Ausländerin mit einem Inländer (Hofd. v. 23. Februar 1833, Anh. Nr. 11);

cc) durch die unentgeltliche Aufnahme der Kinder eines ausländischen Capitulanten in ein österr. Militärerziehungshaus (Hofd. v. 17. December 1817)[20]);

dd) durch die Entlassung eines Invaliden, der Ausländer ist, mit der Patental- oder Reservationsurkunde (Hofd. v. 7. März 1832).[21])

Hingegen ist die im §. 29 b. G. B. enthaltene Bestimmung, daß Ausländer durch die Antretung eines Gewerbes, dessen Betreibung die ordentliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht, die Staatsbürgerschaft erwerben, durch die kais. Vdg. v. 27. April 1860, R. G. B. Nr. 108 außer Kraft gesetzt worden. Damit entfällt auch §. 31 b. G. B. und die Hofd. v. 9. November 1816 und 16. Jänner 1817 (Anh. Nr. 8 u. 9).

b) Ausdrückliche Verleihung.[22]) Bedingungen derselben sind:

1) wenigstens 10jähriger ununterbrochener Wohnsitz im Inlande, 2) tadelloser Lebenswandel, 3) die Ablegung des Unterthaneides (§. 29 b. G. B. und Hofd. v. 1. März 1833, Anh. Nr. 10). Von dem Erforderniß des 10jährigen Wohnsitzes kann in berücksichtigungswürdigen Fällen dispensirt werden (§. 30 b. G. B.), was insbesondere bei der sog. Ansiedlung der Ausländer geschieht (kais. Vdg. v. 23. December 1858, Nr. 242).

Die Kinder der in den Staatsverband aufgenommenen Ausländer folgen, wenn sie minderjährig sind, der Staatsbürgerschaft ihrer Eltern, — nicht auch die großjährigen (Hofd. v. 29. Mai 1817 und 30. Aug. 1832).

Verloren wird die Staatsbürgerschaft:

1) Durch Auswanderung (§. 32 b. G. B.). Diese ist entweder eine gesetzliche oder eine unbefugte, je nachdem sie mit behördlicher Erlaubniß

19) Stubenrauch I. S. 149. Vesque S. 57.

20) Barth-Barthenheim I. S. 68. Vesque S. 60.

21) Stubenrauch I. S. 154. Vesque S. 60.

22) Das Verleihungsrecht steht in der Regel der politischen Landesstelle zu. Min. Vdg. 27. Octob. 1859 Nr. 196.

Digitized by Google

oder ohne solche erfolgt (Ges. v. 24. März 1832 Anh. Nr. 13, §. 1). Bei ersterer tritt der Verlust durch die erlangte Auswanderungsbewilligung (§. 9 ebenda), bei letzterer durch gerichtliches Erkenntniß ein (§. 29 ebenda).[23])

2) Durch die Verehelichung einer Inländerin mit einem Ausländer (§. 32 b. G. B. und §. 19 Ausw. Pat.).

3) Durch Entsagung, welche bei Kindern der unbefugt Ausgewanderten und derjenigen, die zwar persönlich im Inland wohnen, aber die Kinder ins Ausland geschickt haben, um daselbst zu wohnen, dann angenommen wird, wenn sie innerhalb der ihnen in den §§. 16 u. 17 des Ausw. Pat. eingeräumten Frist[24]) nicht zurückgekehrt sind.

§. 74. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Ordensgelübden.

Personen, die einem geistlichen Orden angehören, verlieren, insoweit nicht die Ordensregel[1]) oder besondere Gesetze[2]) Ausnahmen statuiren, wegen der mit dem Eintritte verbundenen Gelübde der absoluten Armuth die Fähigkeit, ein Vermögen zu erwerben, also auch zu erben (§. 538 b. G. B.); sie können daher von da an auch keine Verpflichtungen mehr auf sich nehmen.[3]) Das Vermögen, das sie vor dem Eintritte hatten, verlieren sie zwar nicht; wohl aber werden sie unfähig, darüber was immer für eine Verfügung zu treffen, weshalb solches unter die Verwaltung eines Curators gestellt wird (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 182).[4]) Insbesondere können sie über dasselbe, die im §. 573 berührten Fälle ausgenommen, keine letztwillige Anordnung machen. Unfähig sind sie ferner zur Eheschließung (§. 63) und zur Adoption (§. 179) und können regelmäßig weder als Zeugen bei einem letzten Willen verwendet (§§. 591, 597), noch zu Vormündern ernannt werden (§. 192 b. G. B.).

---

23) Das St. G. G. 21. Dec. 1867 Nr. 142 bestimmt im §. 4, daß die Freiheit der Auswanderung nur durch die Wehrpflicht beschränkt ist. Dadurch ist nach einer Min. Entsch. 19. März 1868 Z. 1088 (Verwaltungszeitschrift 1868 Nr. 20) das Auswanderungsgesetz in vielen seiner wesentlichen Bestimmungen unanwendbar geworden; bis jedoch besondere Anordnungen erfolgen, kann die Auswanderungsbewilligung den darum Ansuchenden noch immer von der Landesstelle ertheilt werden.

24) Zehn Jahre nach erreichter Großjährigkeit, so lange der Vater lebt, ein Jahr nach seinem Tode, wenn er vor Ablauf jener zehn Jahre stirbt, drei Jahre nach erreichter Großjährigkeit, wenn der Vater vor Erreichung derselben verstorben ist.

1) Z. B. bei den Redemptoristen.

2) So das Ges. vom 28. Juni 1840 Nr. 451 J. G. S. in Betreff des Deutschen und das Hofd. v. 11. December 1795 Nr. 268 J. G. S. in Betreff des Maltheserordens, rücksichtlich des letzteren jedoch mit Ausschluß des priesterlichen Maltheserordensconventes in Prag (Hofd. 22. Jänner 1818 Nr. 1408 J. G. S.).

3) Eine Ausnahme gilt für die als Pfarrer, Capläne u. s. w. exponirten Mitglieder eines geistlichen Ordens, welche nach Hofd. 13. Juni 1793 erwerbfähig sind und sich daher auch verpflichten können (Entsch. G. Z. 1872 Nr. 27 [= Sammlung IX. Nr. 4342.]).

4) In dieser Beziehung wird also nur die Handlungsfähigkeit beschränkt; es muß jedoch zugegeben werden, daß Verbindlichkeiten, die der Curator in Bezug auf das Vermögen eingeht, nur auf diesem ruhen, und der Proceß nicht unmittelbar auf Erfüllung geklagt oder gar exequirt werden kann. Vom Kloster kann das Vermögen nicht in Anspruch genommen werden (Entsch. G. Z. 1874 Nr. 85 [= Sammlung XII. Nr. 5396.]).

Digitized by Google

§. 78. Die Interdiction.

Außer den bisher besprochenen natürlichen Zuständen gibt es auch staatliche, die von juristischer Wichtigkeit sind. Dahin gehört der Zustand der Interdiction, d. i. der gerichtlichen Untersagung der ferneren Verwaltung des eigenen Vermögens wegen Verschwendung (§. 21 b. G. B.) oder wegen Ueberschuldung.

Die Prodigalitätserklärung[1]) setzt einen bereits gefährlichen Grad der Verschwendungssucht voraus. Der so Interdicirte wird in allen Geschäften, wodurch sein Vermögen veräußert oder ihm eine Verbindlichkeit auferlegt werden würde, als handlungsunfähig betrachtet und diesfalls durch einen Curator vertreten (§. 865); sein Rechtszustand ist im Wesentlichen jener eines Unmündigen, daher ihm auch eine der des letzteren analoge Handlungsfähigkeit zugeschrieben werden muß[2]); doch kann er über die Hälfte seines Nachlasses giltig testiren (§. 568)[3]), seinen letzten Willen giltig widerrufen (§. 718), nicht aber[4]) ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertretung eine giltige Ehe schließen (§. 49 b. G. B.).

Der zweite Fall der Interdiction ist die Eröffnung des Concurses. Der Cridatar ist handlungsunfähig in Betreff des zur Concursmasse gehörigen Vermögens, und jede Verfügung oder Rechtshandlung über dasselbe, insbesondere jede Veräußerung, Verpfändung oder Belastung ist gegenüber der Gläubigerschaft ungiltig (§. 3 C. O.). Das gesammte, der Execution unterliegende Vermögen desselben geht in die Verwahrung und Verwaltung der Gläubigerschaft über (§. 1 ebenda), welche sie durch einen Masseverwalter (§. 73 f. C. O.) und einen Gläubigerausschuß (§§. 84, 85, 140 C. O.) ausübt, und so durch diese Organe ungefähr dieselbe Stellung einnimmt, wie der Curator eines gerichtlich erklärten Verschwenders. Aus diesem Grunde ist auch eine vom Cridatar nach Eröffnung des Concurses geleistete Zahlung nur in jenem Betrage giltig, welcher dem Gläubiger bei der Vertheilung der Masse hätte zugewiesen werden sollen (§. 3 C. O., vgl. §. 1421 b. G. B.). Eine Zahlung an den Cridatar gilt nur in jenem Betrage, in welchem das Empfangene an die Masse abgeführt oder für dieselbe verwendet worden ist, es sei denn, daß der Zahler beweist, daß ihm die

1) Vgl. Savigny III. S. 87—89. Den Zustand des erklärten Verschwenders unter den Gesichtspunkt einer geistigen Störung zu bringen (wie es auch Unger, wenigstens nach der Stellung, die er dieser Lehre S. 290 gibt, thut), ist verfehlt, weil eine solche thatsächlich nicht vorhanden ist; auch die L. 40 D. de R. J.: „Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est" ist, wie Savigny a. a. O. nachweist, nur in demselben Sinne zu nehmen, wie die Parömie: errantis nulla voluntas. Die Interdiction ist nur eine polizeiliche Maßregel (Günther in Weiske's Rechtslex. IV. S. 729, der auch eine praktische Differenz nachweist, je nachdem man die Sache von diesem oder jenem Standpunkt auffaßt.)

2) Ebenso nach röm. R., wo der prodigus dem impubes pubertati proximus gleichgestellt wird. Savigny S. 88.

3) Nach röm. R. (L. 18 D. 28, 1, §. 2 J. 2, 12) ist er testirungsunfähig.

4) [Der Verf. lehrte hier arg. §. 48 b. G. B. das Gegentheil, hat aber die Richtigkeit dieser Lehre später selbst bezweifelt, da er ein Fragezeichen an den Rand setzte.]

Digitized by Google

Eröffnung des Concurses zur Zeit der Zahlung nicht bekannt sein konnte (§. 3 C. O.). Der Cridatar ist unfähig, eine ihm angefallene Erbschaft oder ein Legat anzunehmen oder auszuschlagen; das Recht, dies im Namen des Cridatars zu thun, kommt der Gläubigerschaft zu (Hofd. v. 8. Mai 1835, Nr. 19 J. G. S., §. 4 C. O.). Was sich der Cridatar durch eignen Fleiß erwirbt, ist ihm nur soweit zu überlassen, als es zum Unterhalte für ihn und jene Personen, die zu alimentiren er gesetzlich verpflichtet ist, erforderlich ist; mit diesem ihm überlassenen Theile kann er frei verfügen (§. 5 C. O.)[5]); diesen Theil könnte er daher auch selbständig einklagen[6]), obgleich sonst seine Forderungen von der Gläubigerschaft eingetrieben werden. In Betreff des in die Concursmasse nicht einbezogenen Vermögens hat der Cridatar das freie Verfügungsrecht[7]); ebenso kann er über dasjenige, was zur Concursmasse gehört, auf den Fall der Aufhebung des Concurses frei verfügen[8]), so daß also nicht so sehr seine Handlungsfähigkeit als sein Verwaltungsrecht eingeschränkt erscheint.

§. 79. Der Stand.

Ein juristisch sehr relevanter Zustand der Person war nach germanischem Rechte der Stand, und es spaltete sich das Recht selbst in so viele Theile, als sich verschiedene Stände herausstellten: Landrecht, Lehenrecht, Hofrecht, Weichbildrecht[1]); Adel-, Bürger- und Bauernstand bildeten eine kastenartige Eintheilung und jedem dieser Stände kamen besondere bürgerliche und politische Rechte zu. Heutzutage hat sich die privatrechtliche Bedeutung dieser Gliederung verloren und dem Principe der „Gleichheit Aller vor dem Gesetze" Platz gemacht.[2]) Belege dafür bieten die §§. 4, 16, 20, 290 b. G. B. u. a. Dafür aber ist von juristischer Bedeutung der Stand im neueren Sinne des Wortes als Berufsart; in diesem Sinne spricht man von einem Handelsstand (wichtig mit Hinsicht auf die §§. 995, 1027—1033, 1203, 1204 u. a.), vom Militärstand (§§. 54, 600, Kundm. Pat. f. Sieben-

5) So schon die Praxis der älteren C. O. Entsch. G. H. 1867 Nr. 41.

6) So schon Entsch. G. Z. 1866 Nr 35.

7) So Erk. G. Z. 1868 Nr. 44. G. Z. 1869 Nr. 77; vgl. §. 1226 b. G. B. §. 3 C. O. Dagegen wurde mit Entsch. G. Z. 1868 Nr. 33 eine vom Cridatar allein eingebrachte Klage auf Herausgabe mehrerer zum Lehenbesitze desselben gehörigen Liegenschaften a limine zurückgewiesen, was von dem Eco dei Trib. mit Recht bestritten wird.

8) Entsch. G. Z. 1868 Nr. 67. [Die Note 5—8 cit. Entsch. finden sich nicht in den Sammlungen der civilr. Erkenntnisse.]

1) Vgl. Gerber §. 36. Eine gleiche Einzwängung des Privatrechts in den alten Ständerahmen bietet das alte ungarische Recht. Vgl. Sachsenheim S. 20—38.

2) Die Rechte des Adels bestehen gegenwärtig nur mehr in der Befugniß, sich des verliehenen Titels, Prädicats und Wappens zu bedienen, und nach Maßgabe der Abstammung oder der Adelsstufe die Kämmerers- oder Truchseßwürde, die Hoffähigkeit, den Sternkreuzorden und den Orden des goldenen Vließes zu erlangen (Besque internat. Privatr. S. 111). Auch der ehemals reichsunmittelbare Adel genießt in Oesterreich kein weiteres Vorrecht vor dem gewöhnlichen Adel, als den Titel „Durchlaucht" oder „Erlaucht", und die aus dessen Autonomie herrührende Begünstigung, daß die noch vor der Unterzeichnung der

Digitized by Google

bürgen Art. X), geistlichen Stand (§§. 195, 591, 761)[3]), Beamtenstand (§. 195, Art. 2 W. O. u. s. w.); auch der Bauernstand wird heutzutage nur als Beschäftigungsart berücksichtigt; die auf diesen Stand im älteren Sinne Bezug nehmenden Anordnungen des b. G. B. (§§. 284, 433, 1146 u. a.) sind außer Wirksamkeit getreten (Kundm. Pat. cit. Art. VII. Nr. 1).

Der Stand im älteren Sinne des Wortes (Geburtsstand) kommt im Privatrecht nur insofern zur Sprache, als dasselbe Bestimmungen über die Uebertragung des Adels auf die Ehegattin (§. 92) und die Kinder (§§. 146, 162, 165, 182) enthält.[4])

§. 80. Rechtliche Natur der juristischen Personen.[1])

Es wurde oben erwähnt, daß durch Fiction die Rechtsfähigkeit auch an ein anderes Substrat als an die Person des Menschen geknüpft werden kann, und daß dadurch fingirte oder juristische Personen (in der älteren Bezeichnungsweise „moralische" Personen[2]) genannt) entstehen, d. i. Personen, welche bloß zu juristischen Zwecken angenommen werden.[3]) Dies

---

deutschen Bundesacte errichteten, noch bestehenden Familienverträge, oder nach Abschließung der Bundesacte getroffenen Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse, wenn solche Sr. Majestät zur Genehmigung vorgelegt werden, als giltig erachtet werden sollen (Hofd. 19. Sept. 1836 Nr. 156 J. G. S.). Die übrigen ihnen in Deutschland zustehenden Vorrechte als: Morganatische Ehen, privilegirter Gerichtsstand und Befreiung von der Militärpflicht, sowie unbeschränkte Familienautonomie stehen ihnen in Oesterreich nicht zu. (Besque S. 113 f.) Vgl. z. B. die a. h. Confirmation der fürstlich Thurn-Taxis'schen Hausgesetze im Min. Erl. 30. Juli 1859 Nr. 145 R. G. Bl.

3) Daß der Stand der Ordensgeistlichkeit eine wesentliche Modification der Rechtsfähigkeit bildet, darüber vgl. oben §. 74.

4) Die frühere sog. Landtafelfähigkeit ist aufgehoben. Auch daß Unadelige zum Besitz von Ritterlehen nur dispensando zugelassen wurden, entfällt mit dem Verschwinden des Lehenwesens.

1) Literatur der Lehre: Savigny Syst. II. §§. 85—102. Puchta im Rechtslex. III. S. 65—79 [= Kleine civil. Schriften Nr. XXVIII]. Keller Pand. S. 61—78. Arndts §§. 41—47. Holzschuher I. S. 259—274. Unger I. S. 313—354 und in d. krit. Ueberschau VI. S. 159 f. Pfeifer die Lehre von den jurist. Personen nach gem. und württemb. Recht (1847). Uhrig Abh. über die jur. Pers. nach dem gem. und bes. Recht in Bayern (1859). Dirksen über den Zustand der jur. Pers. nach röm. R. (in dessen Abh. II. 1.). Brinz Pand. 1. Aufl. S. 979—1150 (1868). Bekker dogm. Jahrb. XII. S. 75—135. Böhlau Rechtssubj. und Personenrolle (1871).

2) Indem man nämlich alles Uebersinnliche „moralisch" nannte. Diese Bezeichnungsweise, die nun in der Theorie allgemein mißbilligt wird (Savigny II. S. 240. Puchta a. a. O. S. 67. Unger S. 314), hat auch das b. G. B. (§§. 286, 529, 1454, M. R. zu §. 26). Die neuere österr. Gesetzgebung hat den Ausdruck „juristische Person" z. B. in der J. N. von 1852 §. 26, Art. 2 W. O.

3) Savigny S. 236. Lasson Princip und Zukunft des Völkerrechts (1871) meint hingegen S. 124, die juristische Person sei nicht eine fingirte, sondern eine wirkliche Person. Eine Person sei ein Subject von Rechten und dieses sei auch die juristische Person. Auch die physische Person sei nicht der Leib des Menschen; von diesem müsse man erst abstrahiren, wenn man zum Begriffe der Person gelangen wolle (S. 126, 128). Die Merkmale der Person: Wille, Intelligenz und das Vermögen, den Willen

Digitized by Google

ist der Fall, wenn ein Vermögen, ohne einer andern physischen Person überlassen worden zu sein, einem bestimmten erlaubten Zwecke (z. B. zur Errichtung oder Unterhaltung eines Spitals) gewidmet, und die bisherige Verfügung mit demselben aufgegeben wird. Man spricht dann von Rechten und Verbindlichkeiten dieser Anstalt z. B. des Spitals und vollzieht damit in Gedanken eine Personification, indem man die Anstalt, und nicht die einzelnen physischen Personen, denen ein solches Vermögen zu Guten kommt, z. B. die Kranken, sich als Subject dieser Rechte und Verbindlichkeiten denkt.[4]) Der Zweck, dem ein solches Vermögen gewidmet ist, ist auch regelmäßig ein die Bedürfnisse einzelner Menschen überdauernder[5]), weshalb eine von deren wechselnder Existenz unabhängige Subjectivirung um so nothwendiger erscheint. Wird diese Personification auch vom objectiven Recht berücksichtigt, so hat man eine juristische Person d. i. ein Subject von Vermögensverhältnissen, das als solches nur in der juristischen Vorstellung besteht, nur ein intellectuelles, nicht ein natürliches Dasein hat.[6])

In der neueren Zeit ist von Brinz[7]) der Versuch gemacht worden, von dieser Personification ganz Umgang zu nehmen und das Vermögen juristischer Personen als ein subjectloses, aber einem bestimmten Zwecke gewidmetes, welches er darum Zweckvermögen nennt, darzustellen; ihm haben sich angeschlossen Bekker[8]), Demelius[9]) u. A.[10]) Daß in der Wirklichkeit ein Subject der diesbezüglichen Rechte und Verbindlichkeiten nicht besteht, kann nicht geleugnet werden; bei dem einem Spital gehörigen Vermögen ist das Mauerwerk, das man auch Spital nennt, wohl Object, nicht aber Subject des Spitalvermögens. Allein ebenso sicher ist es, daß das objective Recht, wie es in so manchen anderen Fällen wegen obwaltender juristischer Bedürfnisse zu Fictionen greift, so auch hier eine Person fingirt, um die die juristischen Personen betreffenden Rechtsfragen „unter einen einfachen schon bekannten Gesichtspunkt zu bringen".[11]) Diese Fiction schafft nicht erst die Theorie, um sich ihre Wege zu ebnen; sie war vorhanden, bevor die Gesetzgebung daran gedacht hat, die diesbezüglichen Rechtsverhältnisse zu regeln, wie der täglich vorkommende Ausdruck: „dieses Vermögen gehört dem Spital, der Kirche u. s. w." beweist, und die bestehenden Legislationen haben ohne Ausnahme die Fiction adoptirt. Daß sie in der That eine reale Grundlage hat und nicht entbehrt werden kann, zeigt folgende Betrachtung: Bezeichnet man das Vermögen einer juristischen Person als subjectlos, so kann man nicht mehr von einer Succession sprechen,

---

durchzusetzen, seien auch hier vorhanden. Ebenso lehren Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 360 und Obligation S. 377, ferner Fitting Krit. V. J. Schr. I. S. 585, daß die juristischen Personen nicht künstliche, sondern natürliche Personen seien.

4) Arndts §. 41. Unger S. 314 f.

5) Arndts a. a. O.

6) Arndts u. Unger a. d. aa. OO. Savigny S. 239, der die juristische Person als ein des Vermögens fähiges, künstlich angenommenes Subject definirt.

7) Pand. 1. Aufl. S. XI und 979 f.

8) In Goldschmidt's Zeitschr. IV. S. 557 f.

9) Die Rechtsfiction (1858) S. 85 f.

10) z. B. Forlani persone giuridiche 1871.

11) Dankwardt Nationalökon. und Jurispr. II. S. 8 Anm. 14.

Digitized by Google

wenn ihr ein solches von einer physischen Person zugewendet oder umgekehrt von ihr an eine physische Person übertragen wird, da unter Successsion immer nur ein Vermögensübergang von einer Person an die andere verstanden wird, man entschlösse sich denn, die Lehre von der Successsion auf ganz neue Grundlagen zu stellen und so zu einer complicirten zu machen. Ebenso kann, wenn man mit juristischen Personen Rechtsgeschäfte schließt, von einer Vertretung derselben durch denjenigen, der in ihrem Namen handelt, nicht mehr die Rede sein, weil ein Stellvertreter doch immer eine Person vertritt, eine solche aber hier vollständig fehlen soll: das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes müßte also auf anderer Grundlage als jener der Stellvertretung construirt werden. Wenn Brinz[12]) hier von einer Vertretung des Zweckes spricht, so hat er damit thatsächlich zu der von ihm perhorrescirten Personification gegriffen, und nur etwas Anderes, als gewöhnlich personificirt zu werden pflegt, nämlich den Zweck personificirt. Mit anderen Worten: Um dem Zweckvermögen zur Herrschaft zu verhelfen, müßte eine Reihe von Rechtssätzen, ja das ganze Vermögensrecht einer theilweisen, ja da und dort einer radicalen Modification unterworfen werden — ein Versuch, dessen Gelingen nicht nur vorerst fraglich bleibt, sondern der hauptsächlich das gegen sich hat, daß die Jurisprudenz dann nicht mehr, wie es doch sein soll, der Ausdruck der gangbaren Rechtsüberzeugung wäre.[13]) Endlich ist, wie Lasson[14]) bemerkt, auch zu beachten, daß juristische Personen nicht bloß im Vermögensrecht, also im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht eine wichtige Rolle spielen, wie z. B. der Staat.

Ein anderer Versuch, der Personification auszuweichen, geht dahin, als die wahren Subjecte des der juristischen Person gehörigen Vermögens die einzelnen Menschen, zu deren Genusse dasselbe bestimmt ist, also z. B.

---

12) S. 1111 f.

13) Eine bloße Nuance dieser Ansicht ist die Theorie Böhlau's von der Personenrolle. Er meint, juristische Personen gebe es nicht, da das Recht nicht im Stande sei, künstliche Subjecte zu schaffen, und daher auch nicht im Stande, die Rechtsfähigkeit auf sie auszudehnen (S. 9). Die Fiction, die hier vorliegt, sagt er, schafft keine Realität, sondern sie stellt nur das an sich herrenlose Vermögen demjenigen gleich, das Jemandem gehört, indem sie dem Vermögen selbst eine Personenrolle zutheilt (S. 17); diese sei keine Person, kein Subject, sondern das Vermögen werde nur so betrachtet, als ob es einem Subject zustünde. Daraus deducirt Böhlau, daß die Stiftung, da es derselben an einem Subject ganz fehle, einer staatlichen Genehmigung nicht bedürfe (S. 28), daß aber auch von einem bonum vacans nach Wegfall der Personenrolle keine Rede sein könne (S. 41), und — könnte man sagen — erklärt damit den Satz, daß trotz des Dazwischenliegens der Zeit der hereditas jacens der Erbe doch immer als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers angesehen werden muß. Die Möglichkeit subjectloser Rechte wird von Böhlau auf das Entschiedenste negirt (S. 4), da zur Rechtsfähigkeit Willensfähigkeit wesentlich sei und das Recht als Willensherrschaft ohne einen Wollenden nicht denkbar sei; mit diesem Satze wird der weitere, daß das Vermögen der juristischen Person thatsächlich herrenlos ist (S. 22, 58) mittelst der Personenrolle versöhnt. Allein diese steht der Richtigkeit des Satzes nicht im Wege, daß das Vermögen der juristischen Person thatsächlich ohne wollendes Subject ist.

14) a. a. O. S. 123.

Digitized by Google

bei einem Krankenhause die Kranken hinzustellen.[15]) Auch dieser Versuch widerspricht anerkannten Rechtssätzen[16]), namentlich der Lehre vom Eigenthum, dessen Erwerbung und Uebertragung, der Verfügung über dasselbe, dessen Gegensatz zu anderen Vermögensrechten, sowie der Lehre von der Succession.

Bedingungen zur Existenz einer juristischen Person[17]) sind:

1) Ein Vermögen, zu welchem ein Subject fingirt werden muß; wo also Personeninbegriffe, aber ohne Vermögen, — oder zwar Vermögenscomplexe, aber ohne daß zu denselben erst ein Subject hinzufingirt werden muß, vorhanden sind, kann von einer juristischen Person nicht gesprochen werden. Darum sind nicht juristische Personen:

a) Die Behörden und die einzelnen Aemter, denen man, da sie vielfältig wie selbständige Individualitäten in das Rechtsleben eingreifen, häufig juristische Persönlichkeit beigelegt hat[18]); in Wahrheit fehlt ihnen dieselbe, denn die Behörde als solche hat kein Vermögen, und das ihren Zwecken gewidmete ist entweder Eigenthum des Staates oder der Gemeinde.[19]) Darum kann die Behörde als solche weder als Kläger noch als Beklagter auftreten, und die sog. Syndicatsklagen (§. 1341) sind nicht gegen das Amt, sondern gegen den schuldtragenden Beamten zu richten.

b) Die Grundstücke; man hat sie häufig, insofern ihnen Dienstbarkeiten und andere Realrechte zustehen oder solche auf ihnen haften, insofern Privilegien mit ihnen verbunden sind oder Reallasten auf ihnen ruhen, als

---

15) So Ihering Geist. III. S. 212. 220 f. Dogm. Jahrb. X. S. 440. Er argumentirt hier, im Anschlusse an dasjenige, was er S. 415—417 sagt (nämlich das Wesen des Rechtes liege im Zweckbegriffe und darum endige mit der Erfüllung oder Vereitelung des Zweckes jedes Recht): „Die Mitglieder der juristischen Person sind nicht ein Mittel zum Zweck, sondern der Zweck selber — nicht sie sind der juristischen Person wegen, sondern letztere ist ihretwegen da. Eben darum aber, weil auf ihnen der ganze Zweck der juristischen Person ruht, bilden sie für den Begriff der Corporation ganz dieselbe Existentialbedingung, wie die Person des Gläubigers für den Begriff der Obligation, es bedeutet daher ihr Wegfall für erstere ganz dasselbe, wie der Tod des Gläubigers für letztere: beide gehen unter. Aber beide wachen wieder auf, wenn sich die Personen gefunden haben, in denen sie ihren Zweck von Neuem aufnehmen und fortsetzen können." In der Zwischenzeit verbleiben nur „passive Wirkungen".

16) Wäre Ihering's Ansicht richtig, so müßte, wenn ein Kunstinstitut oder ein schattiger Park zum Genusse des Publikums gestiftet wird, letzteres das Rechtssubject sein, obwohl ihm nicht einmal ein Klagerecht auf Zuhaltung der Stiftungsbedingungen zusteht; — und setzt Jemand ein Capital aus zur Unterhaltung von Thieren oder zur Erhaltung eines alten Thurmes, so gäbe es hiefür gar kein Rechtssubject.

17) Vgl. hiezu Unger S. 317. Puchta S. 67 f. Keller §. 39. Gengler Lehrb. S. 130 f.

18) L. 25. D. 50. 1.: Magistratus municipales, quum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. Cap. 5 de rescr. in VI: Sedes ipsa (apostolica) non moritur. Vgl. die Literatur bei Arndts §. 41 Anm. 7.

19) Vgl. Savigny S. 237. Unger S. 325. Puchta Pand. §. 27 f. Bangerow I. §. 53. S. 107. Windscheid §. 57. Note 3: „. . . gegenüber dem Staate hat das einzelne Amt keine selbständige Existenz."

Digitized by Google

juristische Personen angesehen[20]); allein die Verbindung von Rechten oder Verbindlichkeiten mit einem Grundstücke ist nur eine eigenthümliche Form des Ueberganges ersterer an andere Personen, welche daher immer als die wahren Subjecte angesehen werden müssen.[21])

c) Familien, als der Inbegriff aller gegenwärtigen und künftigen Familienglieder. Sie werden bei gewissen Instituten des deutschen Rechts z. B. den Erbverbrüderungen, Stamm-, Lehen- und Familienfideicommißgütern mehr oder weniger als Einheiten gedacht, und es ist daher die Annahme ihrer juristischen Persönlichkeit nicht ungewöhnlich[22]); allein die wahren Subjecte der betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten sind, wie sich dies aus der Betrachtung der erwähnten einzelnen Institute ergibt, immer nur die einzelnen Familienglieder.[23])

d) Die Gesellschaften im technischen Sinne d. i. die vertragsmäßigen Vermögensgemeinschaften. Auch hier sind die wahren Subjecte des sog. Gesellschaftsvermögens die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft.[24])

e) Die Concursmasse d. i. das in Folge der Eröffnung des Concurses der freien Verfügung des Gemeinschuldners entzogene und unter eine besondere Verwaltung gestellte Vermögen[25]); es bleibt Vermögen des Gemeinschuldners, und nur sein persönliches Dispositionsrecht hört wegen der Interdiction auf (s. oben §. 78)[26]).

f) Die verschiedenen Staatskassen und Staatsfonde (Studienfond, Militärärar, Domänenärar u. s. w., die sog. stationis fisci). Es tritt zwar bei ihnen manches ein, was auf eine selbständige juristische Persönlichkeit hindeutet, wie z. B. der Rechtssatz des §. 1441 b. G. B., wonach die Schuld an eine Staatskasse mit der Forderung gegen eine andere Staatskasse nicht compensirt werden kann, ferner die Erscheinung, daß Staatsfonde miteinander Verträge schließen und Staatskassen sich untereinander Zahlungen leisten. Allein alle diese Eigenthümlichkeiten beruhen nur in der Ordnung des Rechnungswesens, und das wahre Subject aller Rechte und Schuldigkeiten der einzelnen Kassen und Fonde ist der Staat. Daraus folgt insbesondere, daß wenn zwei im Servitutenverband stehende Grundstücke von verschiedenen Fonden des Staates erworben werden, die Servitut

20) Die Literatur bei Arndts §. 41 Anm. 5.

21) Vgl. Unger S. 325. Vangerow I. §. 53. Wäre das Grundstück eine juristische Person, dann müßte bei Realrechten ihr jeweiliger Besitzer nur als deren Administrator oder Fruchtnießer angesehen werden, und könnte auf das Realrecht nicht verzichten; bei Reallasten könnte die Schuldigkeit nur aus dem Grundstücke, nicht aus dem sonstigen Vermögen des Besitzers eingebracht werden. (Savigny II. S. 380.) Was man einem Spital schuldet, gehört in das Vermögen des Spitals; was man einer Herrschaft schuldet, gehört nicht in das Vermögen der Herrschaft, sondern ihres Eigenthümers. Uebereinstimmend Windscheid §. 57 Note 10. Unger I. S. 575 Nr. 1, 2.

22) Vgl. hierüber Gerber §. 49 Note 4.

23) Ueber Familien als Gemeinschaften vgl. §. 849 b. G. B. und das Grundgesetz für die Militärgrenze v. 7. Mai 1850 Nr. 243, §. 31 f.

24) Das Nähere unten.

25) Die Concursmasse wird gemeinrechtlich häufig als juristische Person angesehen.

26) Etwas Aehnliches gilt von der sog. Meistbotsmasse.

Digitized by Google

erlischt, und die im Zuge befindliche Servitutenersitzung unterbrochen wird, daß ferner, wenn Gläubiger und Schuldner von verschiedenen Staatsfonden beerbt werden, der Bürge frei wird[27]), und endlich, daß verschiedene Staatsfonde mit einander keinen Proceß führen können.[28])

2) Zulässigkeit des Zweckes, dem das Vermögen der juristischen Person gewidmet ist. So bestimmt das b. G. B. im §. 26, wo es zunächst juristische Personen im Auge hat. Die oft aufgestellte Behauptung, es sei auch Anerkennung der juristischen Person durch die Staatsgewalt erforderlich, hat, wie auf dem Gebiete des gemeinen, so auch des österreichischen Rechtes keinen Boden.[29])

Als die zur Personification geeigneten Substrate bezeichnet man gewöhnlich entweder gewisse Personenvereinigungen oder bloße Vermögenscomplexe, weshalb man die juristischen Personen in Corporationen und in Stiftungen einzutheilen[30]) pflegt, je nachdem sie eine sichtbare Erscheinung in

---

27) L. 2. C. de solut. 8. 43.

28) Vgl. über die ganze Materie insbes. Keller Pand. §. 36 und namentlich Anm. 3. Arndts §. 47. — Sehr streitig ist ferner, ob die ruhende Erbschaft (hereditas jacens) eine juristische Person ist. Savigny S. 363 f. (ebenso Keller S. 869) ist gegen die Annahme einer juristischen Person, indem bei der her. jac. zwar eine Fiction, aber nicht die der juristischen Persönlichkeit bestehe, was z. B. der Umstand beweise, daß sie letztwillig nicht bedacht werden könne; sie sei nichts als das Vermögen eines dermal noch unbekannten Eigenthümers. Auch Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 414 verwirft die Fiction der juristischen Persönlichkeit, und meint, daß während der ruhenden Erbschaft nur passive Wirkungen von Rechten stattfinden. Die herrschende Lehre ist für die Aufstellung der Fiction; vgl. Arndts im Rechtslex. IV. S. 2—6, Pand. §§. 41 und 465 A. 1. Puchta Rechtslex. III. S. 67. Unger S. 317 u. A. Für das österr. Recht, in welchem übrigens streitig ist, ob die Erbschaft mit dem Anfalle, der Erbserklärung oder der Einantwortung als erworben anzusehen ist, könnte man geneigt sein, den Umstand für entscheidend zu halten, daß nach §. 547 b. G. B. nicht die Fiction einer juristischen Person, sondern die des Fortlebens des Erblassers Platz greift; damit scheint sehr bestimmt wenigstens das Eine negirt, daß eine Succession der hereditas jacens nach dem Erblasser der Succession des Erben vorausgehe. Aber wenn die Verlassenschaft erblos und insolvent ist und vom Fiscus darum nicht in Anspruch genommen wird, so läuft die Antwort, der als fortlebend gedachte Erblasser sei Subject der darin begriffenen Rechte und Schulden, im Grunde doch auf die Annahme einer juristischen Person hinaus, und das Gleiche drücken auch die Termini „Nachlaßforderungen, Nachlaßschulden" aus. Und wenn sich nachträglich der Fiscus doch eines Anderen besinnt, und die Erbschaft an sich nimmt, oder wenn sich nachträglich ein Erbe findet, müßte man doch wieder eine neue Succession annehmen — eine Succession vom Nachlaß auf den Fiscus oder den Erben! — Die Lehranstalten sind geeignete Substrate der Personification, wenn sie nicht Staatsanstalten sind; sind sie letzteres, dann bilden sie nur stationes fisci. Die höheren Lehranstalten waren bei ihrer Entstehung wahre Corporationen, und zwar bald der Lehrer, bald der Scholaren. Savigny II. S. 245.

29) Arndts §. 44. Windscheid §. 60 Note 2 a. E. Lemayer G. Z. 1869 Nr. 34 Note 21. Böhlau a. a. O. S. 28. Entsch. G. G. 1869 Nr. 32 [= Sammlung VII. Nr. 3240.].

30) Savigny II. S. 343 f. Unger S. 317. Puchta III. S. 67. Arndts §. 41. Keller S. 62. Puchta und Unger gebrauchen für die beiden Classen die Bezeichnungen universitates personarum und univ. bonorum; Savigny S. 261 und Vangerow I. §§. 53, 54 beziehen den Ausdruck universitas nur auf die Corporationen.

Digitized by Google

einer Anzahl einzelner Mitglieder haben, deren Vereinigung in ein Ganzes die juristische Person bilden soll[31]), — oder dieselben bloß einem bestimmten Zwecke gewidmete Güterinbegriffe ohne ein solches sichtbares Substrat sind. Zu den ersteren rechnet man den Staat, in vermögensrechtlicher Beziehung Fiscus genannt[32]), die politischen Gemeinden, die Länder (Provinzen)[33]), die Pfarrgemeinden, die Klöster, die Domcapitel, die Kirche als den Inbegriff aller gleichen Bekenner, die Innungen, Zünfte und Gremien, die verschiedenartigen Associationen zu literarischen, artistischen, industriellen, geselligen und Wohlthätigkeitszwecken, die Handelskammern[34]) u. s. w., — zu letzteren die Kirchen als zum Gottesdienst bestimmte Gebäude, die Schulen, die Krankenhäuser, die Waisen- und Findelhäuser, die Pfründen, die Armenfonde, die Stipendien, die Kunstinstitute, Museen, Bibliotheken, die Sparkassen, die cumulativen Waisenkassen[35]) u. s. w. Gegen diese herrschende Eintheilung und gegen die damit im Zusammenhang stehende Personification von zweierlei Substraten ist aber Folgendes zu erinnern:

a) Daß es der Eintheilung an der erforderlichen Schärfe fehlt, indem z. B. die Domcapitel, die Universitäten, die Sparcassen[36]) u. a. bald den Corporationen, bald den Stiftungen angehören[37]) und der Fiscus thatsächlich bald der einen, bald der anderen Classe zugezählt wird.[38])

b) Daß sie nicht erschöpfend ist, denn unter Stiftung versteht man die Widmung von Einkünften eines bestimmten Vermögens zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken (§. 646 b. G. B.); nun gibt es aber Vermögensmassen, die gemeinnützige Zwecke auf andere Weise als durch Verwendung ihrer Einkünfte zu realisiren streben (wie z. B. die Sparcassen oder die durch kaiserl. Vdg. v. 9. Nov. 1858 ins Leben gerufenen cumulativen Waisencassen), und die also, wenn ihnen nicht ein Verein zur Seite steht, obwohl sie juristische Personen sind, dennoch weder den Corporationen, noch den Stiftungen beigezählt werden können. Ebenso ist hervorgehoben worden, daß manche Corporationen, wie z. B. die Actienvereine auch nach ihrer Auflösung als juristische Personen fortbestehen, so lange ein selbständiges Vermögen derselben vorhanden ist, und daß solche demnach den Corporationen nicht beigezählt werden können. Man schlug daher die Annahme einer

31) Vgl. namentlich die geistvolle Entwickelung bei Keller S. 61 f.; die Corporation stellt gleichsam das Bild eines republikanischen Staates dar.

32) Savigny II. S. 245, 273, 360 f. stellt den Fiscus neben die Corporationen und Stiftungen als etwas Drittes; allein er ist thatsächlich eine Corporation (Unger S. 327. Vangerow I. §. 53. Puchta Pand. §. 25). Berger Krit. Beitr. S. 143 setzt ihn unter die universitates bonorum.

33) Arndts §. 41. Die Provinzen, als größere Gemeinden wurden schon im röm. R. als juristische Personen angesehen. (Savigny II. S. 251.)

34) Das Ges. 26. März 1850 Nr. 122 R. G. B, §§. 37, 40 spricht ausdrücklich davon, daß die Handelskammer ein vom Staats- oder Communalvermögen verschiedenes Vermögen besitzen könne.

35) Vgl. kais. Vdg. 9. Nov. 1858 Nr. 205. R. G. B.

36) Man denke an den Fall, daß der sie begründende Verein sich auflöst, während die Sparcasse fortbesteht. Regulativ v. 1844 §. 33.

37) Savigny S. 244. Keller S. 62 Note 1. Arndts §. 41.

38) S. oben Note 32.

Digitized by Google

dritten Species vor, bald unter dem Namen „Verkehrsinstitute“,[39]) bald mit der Benennung „Capitalassociationen“[40]); bald versuchte man den ganzen Eintheilungsgrund zu ändern[41]); allein auch diese weiteren Eintheilungsversuche sind gegenüber der Verkehrsentwickelung der neueren Zeit nichts weniger als scharf und erschöpfend.

e) Der Haupteinwurf endlich, der der obigen Eintheilung entgegengehalten werden muß, ist der, daß dabei die Personification eine viel zu materielle ist. Personificirt man bei Corporationen die Personenmehrheit selbst, so kommt man nothwendig zu dem Resultat, daß mit der Auflösung der Corporation die juristische Person untergehen müsse, was thatsächlich nicht der Fall ist, da, solange noch ein, wenn auch passives Vermögen vorhanden ist, die vor der Auflösung bestandenen Rechte und Verbindlichkeiten fortdauern, deren Subject kein anderes, als die frühere juristische Person ist. Zudem hat die Personification des Personeninbegriffs die nothwendige Folge, daß, wenn sich das Vermögen einer aufgelösten Corporation passiv zeigt, ein Concurs über dasselbe nicht eröffnet werden könnte, weil es keinen Cridatar mehr gäbe; endlich müßte, wenn eine Corporation z. B. eine Handelskammer von der Regierung aufgelöst und die Wahl einer neuen angeordnet würde, eine Succession der neu gewählten Corporation in das Vermögen der vorigen angenommen werden, was sicherlich absurd ist.

Eine andere Anschauung personificirt hingegen den Zweck, zu dessen Verfolgung das der juristischen Person gehörige Vermögen besteht, dem es gewidmet ist.[42]) Allein abgesehen davon, daß der Zweck das Ziel ist, das die bestimmte Person verfolgt, daß also Zweck und Person zwei logische Gegensätze sind, kommt es auch häufig vor, daß der Zweck, dem das Vermögen einer juristischen Person ursprünglich gewidmet ist, im Laufe der Zeit geändert wird, ohne daß die juristische Person aufhört, dieselbe zu sein, wie z. B. wenn ein Actienverein den Gegenstand seines Geschäftsbetriebes ändert oder wenn eine Corporation von der Staatsgewalt aufgelöst oder der von einer Stiftung ursprünglich verfolgte Zweck später als unzulässig erklärt wird, wo dann das Vermögen einem anderen, wenn auch verwandten Zwecke gewidmet werden muß.[43])

---

39) Witte in Goldschmidt's Zeitschr. VIII. (1866) S. 1 f.

40) Lemayer G. Z. 1869 Nr. 35.

41) Windscheid §. 57 unterscheidet zunächst Corporationen, Anstalten, Vermögensinbegriffe, wobei aber eine und dieselbe juristische Person unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Darum müsse man, wenn man auf das Wesen sehe, unterscheiden: Vermögen, welches bestimmt ist, zur Erreichung eines gewissen Zweckes verwendet zu werden, — welches zum Genusse gewisser Personen bestimmt ist, — welches in gewöhnlicher Weise für eine Person bestimmt ist, die es aber noch nicht erworben hat.

42) Savigny S. 244 Note 6. Puchta Pand. §§. 25, 27. Keller S. 62. Baron Pand. §. 29. So sagt auch Lasson a. a. O. S. 129, jeder Zweck, der nicht ursprünglich der Zweck bestimmter einzelner Personen ist, so daß sie für denselben als für ihr eigenes Interesse handeln, sondern der diese Personen zu seinem Diener macht — jeder solche Zweck sei eine moralische Person. Damit hängt es zusammen, daß man die Stiftungen in Anlehnung an L. 19. C. 1, 2. piae causae zu nennen pflegt.

43) So sagt auch Unger Krit. Ueberschau VI. S. 158: „Personificirt wird nicht der Zweck, sondern das Substrat: der Personenverein, das Vermögen“.

Digitized by Google

Das Substrat, welches bei juristischen Personen im täglichen Leben personificirt wird, bilden allerdings nur Corporationen und Vermögensmassen; man sagt: „das Haus gehört der Zunft, die Wiese dem Spital" u. dgl. Die Wissenschaft hat dieser Vorstellung mit dem Satze, daß die Corporationen und Stiftungen selbst juristische Personen sind, Ausdruck gegeben. Allein die Ausdrucksweise des täglichen Lebens ist nicht die juristisch richtige; in der Schwierigkeit, sich zum Uebersinnlichen emporzuheben, greift man zur Benennung des Eigenthümers nach demjenigen, was zunächst in die Augen fällt und von Dauer ist. Das sind die Corporationen und die sichtbaren Anstalten (wie Spitäler u. dgl.). Das Richtige ist aber, daß die Corporationen nur Stellvertreter des fingirten Rechtssubjectes, die Anstalten und anderen Vermögensmassen nur Objecte der ihm zustehenden Rechte sind, das Rechtssubject selbst aber eine von beiden verschiedene jedoch nur gedachte Person ist, die man der Bequemlichkeit halber geradezu mit dem Namen der betreffenden Corporation oder Anstalt bezeichnet, und deren Leben mit der selbständigen Existenz des betreffenden Vermögens von selbst beginnt und mit dessen Untergang endet.[44]) Wenn man also gewöhnlich sagt: Corporation oder Stiftungen seien juristische Personen, so ist dies nur insoweit richtig, als man damit der juristischen Person nur einen auf ihren Zweck hinweisenden Namen gibt; an sich aber ist die juristische Person ein von beiden verschiedenes Rechtsproduct, und es kann nur gesagt werden, daß, wo eine Corporation oder eine Stiftung mit ihren charakteristischen Merkmalen vorhanden ist, dort auch eine juristische Person vorhanden sein müsse.

Aus diesem Grunde ist auch eine genaue Feststellung des Begriffes der Corporation und ihre Abgrenzung gegen verwandte Rechtsinstitute um so nothwendiger, als gerade hier Verwechslungen und Schwankungen am häufigsten vorkommen, während die Feststellung der charakteristischen Merkmale bei jenen Vermögensmassen, die, ohne daß ihnen eine Corporation zur Seite steht, eine juristische Person begründen, keinen Schwierigkeiten unterliegt.

Eine Corporation (universitas), in der Rechtssprache des b. G. B. Körper[45]) (§§. 13, 559, 1023, 1472), moralischer Körper (§. 1454),

---

44) Vgl. Savigny II. S. 243: „Das Wesen aller Corporationen besteht darin, daß das Subject der Rechte nicht in den einzelnen Mitgliedern, selbst nicht in allen Mitgliedern zusammengenommen besteht, sondern in dem idealen Ganzen" und S. 283: „Die Totalität der Mitglieder ist von der Corporation ganz verschieden, und selbst wenn alle Einzelnen ohne Ausnahme gemeinschaftlich handeln, so ist dieses nicht so anzusehen, als ob das ideale Wesen, welches wir die juristische Person nennen, gehandelt hätte". Lasson S. 124: „Das röm. R. erkennt in der universitas ein eigenes Rechtssubject, welches von jeder menschlichen Persönlichkeit oder von der Summe dieser Persönlichkeiten, die der universitas angehören, durchaus verschieden ist". Vgl. Stobbe Handbuch I. S. 319.

45) Vom römischen corpus (Arndts §. 42 Anm. 1), womit aber regelmäßig nur die willkührlichen Corporationen (im Gegensatz zu den Gemeinden und Provinzen) bezeichnet wurden; vgl. Savigny II. 260 f. Puchta III. S. 75 f.

Digitized by Google

auch Gemeinde[46]) (§§. 27, 337, 867), Gemeinschaft (§. 1023) und Gesellschaft (§§. 26, 286) genannt — setzt voraus eine zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes bestehende Personenvereinigung, welche nicht auf die ursprünglichen Mitglieder beschränkt ist, sondern unbeschadet ihrer Identität Anderen, die die bestimmten Bedingungen erfüllen, und sich dem gemeinsamen Zwecke unterwerfen, den Eintritt gestattet. Sie hat eine äußerliche Aehnlichkeit mit der Gesellschaft (societas) als der vertragsmäßigen Vermögensgemeinschaft (§. 1175),[47]) weshalb die letztere von der älteren Theorie[48]) und mit ihr von der österreichischen Gesetzgebung (§. 26 b. G. B. §. 26 J. N. v. 1852) unbedenklich zu den juristischen Personen gezählt wird. Allein abgesehen davon, daß bei der Gesellschaft ein fingirtes Rechtssubject nicht besteht, sind die Gegensätze zwischen beiden Instituten so wichtig, daß sie besonders hervorgehoben zu werden verdienen.[49])

1) Jede Corporation ist ein ideelles Rechtssubject mit einem besonderen Vermögen, das nicht Vermögen der einzelnen Mitglieder pro rata ist (vgl. §§. 287, 288)[50]); zwischen dem Vermögen der Mitglieder und der Corporation muß also scharf unterschieden werden.[51]) Dieses Subject bleibt trotz des Wechsels der Mitglieder[52]) immer dasselbe (vgl. §§. 529, 1023)[53]); auf die Besitzfähigkeit der Mitglieder in Bezug auf das Corporationsvermögen kommt es gar nicht an, und im öffentlichen Buche erscheint die Corporation und nicht deren Glieder als Eigenthümer der betreffenden Grund-

---

46) Daß hier der Ausdruck nicht im gewöhnlichen Sinne genommen wird, beweist nicht nur §. 539 („geistliche Gemeinden"), sondern auch das amtliche Register, welches sub v.: „Corporationen" auf Gemeinden verweist. Der Ausdruck erinnert an die römische universitas und an die deutsche „Gemeinheit" (Arndts §. 42). In den §§. 286, 529, 559, 1454 wird freilich die Gemeinde anderen moralischen Körpern entgegengesetzt.

47) In diesem technischen Sinne wird die Gesellschaft im 27. Hauptst. des b. G. B. verstanden, wie dies insbes. aus §. 826 erhellt.

48) Konopack Instit. §. 206 bezeichnet das Miteigenthum geradezu als das einer moralischen Person zustehende Eigenthumsrecht. Ueber diese Auffassung vgl. Unger S. 320.

49) Vgl. hierüber Unger S. 328 f. Bangerow §. 54. Keller §§. 35, 41. Arndts §. 42 Anm. 3.

50) Diese §§. verstatten das öffentliche und das Gemeindegut den Mitgliedern nur zum Gebrauche, das Staats- und Gemeindevermögen aber nicht einmal zu diesem.

51) Savigny II. S. 284. Bangerow I. §. 54. Unger S. 323, L. 6 §. 1 D. 1. 8: Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis.

52) Mitglied wird man bald durch Aufnahme (wie bei wissenschaftlichen und Geselligkeitsvereinen), bald durch Erlangung eines Amtes (wie bei Domcapiteln, Klöstern), bald durch Erlangung einer Eigenschaft, mit welcher gesetzlich die Mitgliedschaft verbunden ist (wie bei Zünften und Gremien). Letzteres ist auch der Fall bei den sog. Wassergenossenschaften, bei denen der Erwerb eines in den genossenschaftlichen Verband einbezogenen Grundstückes ipso jure die Mitgliedschaft und damit die Verpflichtung zu den betreffenden Leistungen nach sich zieht (Ges. 30. Mai 1869 §. 23).

53) Denn der Wechsel der Mitglieder berührt die Fortdauer des Fruchtgenusses oder der Vollmacht nicht. Vgl. L. 7 §. 2 D. 3, 4.

Digitized by Google

stücke eingetragen (vgl. §. 290 b. G. B.). Bei der Vermögensgemeinschaft, insbesondere der Gesellschaft, sind Subjecte des gemeinschaftlichen Vermögens die einzelnen Mitglieder zu ideellen Theilen, welche einen Bestandtheil ihres sonstigen Vermögens bilden (§§. 829, 1183), eine Personification findet also hier nicht statt. Jeder Wechsel der Theilnehmer ist ein Wechsel im Rechtssubject; im öffentlichen Buche erscheinen die einzelnen Theilnehmer als Eigenthümer der gemeinschaftlichen Grundstücke eingetragen, und es kommt daher auch auf deren Besitzfähigkeit in Betreff des gemeinschaftlichen Vermögens an.

2) Da die Corporation und deren Mitglieder verschiedene Rechtssubjecte sind, so können zwischen jener und diesen Rechtsverhältnisse begründet werden; die Corporation kann an den Grundstücken ihrer einzelnen Mitglieder Prädialservituten besitzen und umgekehrt; es greift zwischen ihnen eine Klage auf Grenzberichtigung Platz, und die einzelnen Mitglieder können Gläubiger oder Schuldner der Corporation als solcher sein. Hingegen kann ein Miteigenthümer an dem Grundstücke, woran er das Miteigenthum hat, zu Gunsten des in seinem Alleineigenthum stehenden Grundstückes keine Servitut besitzen (vgl. §. 526 b. G. B.)[55]), und Forderungen oder Schulden kann ein einzelner Theilhaber gegen die Gemeinschaft als solche niemals, sondern nur gegen die einzelnen Theilhaber haben (vgl. §. 1445).

3) Bei der Corporation kann (regelmäßig) auch die Gesammtheit der Mitglieder über das Corporationsvermögen nicht verfügen, da es weder den Einzelnen noch der Gesammtheit gehört; bei der Vermögensgemeinschaft kann der Einzelne über seinen ideellen Theil (§. 829), über das Ganze die Gesammtheit der Mitglieder frei disponiren (§. 828 b. G. B.).[55])

4) Da bei der Corporation das Corporationsvermögen nicht den einzelnen Mitgliedern pro rata gehört, so sind auch Corporationsforderungen nicht Forderungen der Einzelnen und können daher nicht von ihnen pro parte eingehoben werden[56]); um so weniger kann der Schuldner seine Schuld mit Gegenforderungen, die er an einzelne Mitglieder hat, compensiren[57]); ebenso sind auch die Corporationsschulden nur Schulden des ideellen Rechtssubjectes und können nur aus dessen Vermögen eingebracht werden; die Mitglieder sind zur Zahlung nicht einmal subsidiär verpflichtet.[58]) Dagegen die Schulden der Vermögensgemeinschaft, insbesondere der Gesellschaft sind Schulden der Einzelnen (im Zweifel) pro rata, für deren Bezahlung sie mit ihrem ganzen Vermögen haften; ebenso sind Forderungen der Gesellschaft Forderungen der Einzelnen pro rata, und eine Compensation zwischen denselben und den Gegenforderungen gegen einzelne Mitglieder findet statt (§. 1203).

54) Bangerow S. 110 Nr. 3. Unger S. 329 Note 8. Nach röm. R. ist auch die Frage, ob actio fin. regund. Platz habe, nach den gleichen Gesichtspunkten zu beurtheilen (Bangerow §. 54, S. 111, Nr. 4. Unger S. 329 Note 8); ob auch nach österreichischem, ist zu bezweifeln.

55) Vgl. Bangerow S. 109 f. Nr. 1.

56) L. 7. §. 2 D. 3. 4: Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

57) Unger S. 329 Note 7.

58) Unger a. a. O.

Digitized by Google

5) Da bei der gewöhnlichen Gemeinschaft das Vermögen den einzelnen Mitgliedern gehört, so ist auch der Ertrag gemeinschaftlich und kommt daher den letzteren unmittelbar zu Gute (§§. 839, 840); dem Quotenrechte jedes Einzelnen wohnt auch die Berechtigung inne, die Trennung des gemeinschaftlichen Vermögens und die Herausgabe seines Theiles zu verlangen, worauf er mit der Theilungsklage dringen kann (§. 830); bei der Corporation hingegen soll der Ertrag zu Corporationszwecken verwendet werden, und ein Anspruch auf Theilung des Corporationsvermögens steht den Mitgliedern nicht zu.[59]) — Erlischt die Corporation, so gilt deren Vermögen, insoweit nicht im Voraus für diesen Fall besondere Verfügungen getroffen wurden und der bisherige Zweck auch nicht annähernd noch weiter verfolgbar ist, als subjectlos (als bonum vacans; Anal. aus §. 760 b. G. B.); erlischt die Gesellschaft, so wird das Vermögen unter die gewesenen Gesellschafter vertheilt (§. 1215).

Diese Unterschiede zwischen Corporation und Gesellschaft sind wohl in die Augen fallend und es muß daher, um den Widerspruch im G. B. zu beseitigen, entweder sein §. 26 nur von Gesellschaften im älteren und weiteren Sinne verstanden[60]) oder es muß nach österreichischem Rechte zwischen eigentlichen und uneigentlichen juristischen Personen unterschieden werden d. i. (wie sich Unger[61]) ausdrückt), solchen, die juristische Personen sind und die es nicht sind. Andererseits ist jedoch zuzugeben, daß nicht alle die angeführten Merkmale der Corporation wesentlich sind, einige nur regelmäßig bei ihr auftreten. Wesentlich für den Corporationsbegriff ist nur das Vorhandensein eines von dem Wechsel der Corporationsglieder unabhängigen ideellen Rechtssubjectes mit einem abgesonderten Vermögen. Ueber die Frage aber, „welche Vortheile die Mitglieder als solche haben, darüber gibt es keine allgemeine Regel; innerhalb des Begriffes der Corporation ist die größte Mannigfaltigkeit der Verhältnisse möglich“[62]); es entscheidet darüber der Vertrag oder Zweck und die besonderen für einzelne Gattungen von Corporationen bestehenden Vorschriften (§. 26 b. G. B.). Dies führt auf einen in der vorausgegangenen Darstellung noch nicht betonten Unterschied, der zugleich die Lösung einer weiteren Frage an die Hand gibt.

Die Corporationen sind nämlich entweder öffentliche oder Privatcorporationen; unter letzteren versteht man diejenigen, welche lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder bestehen[63]), wie die Lese- und Geselligkeitsvereine, die Actienvereine u. s. w.; unter ersteren hingegen diejenigen, die zur Verfolgung von Zwecken, deren Realisirung dem Staate obliegt, ins Leben gerufen worden sind, wie die politischen Gemeinden, die Zünfte, die Handelskammern u. s. w. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung ist die, daß bei den Privatcorporationen der Corporation regel-

59) Vangerow S. 110 Nr. 2. Keller §. 41 Nr. 2.

60) Lemayer G. Z. 1869 Nr. 35 will den §. 26 sowohl von reinen Gesellschaften, als von vertragsmäßigen Gemeinschaften (die er von den ersteren unterscheidet), als auch von juristischen Personen verstehen.

61) System I. S. 322.

62) Arndts §. 42.

63) Windscheid §. 59.

Digitized by Google

mäßig das Verfügungsrecht über das Vermögen der juristischen Person zusteht, während bei den öffentlichen in dieser Beziehung auch dem Staate, und bei kirchlichen Vereinen auch der Kirche eine Ingerenz zukommt. Bei ersteren kann also die Gesammtheit der Mitglieder über das Corporationsvermögen frei verfügen, bei letzteren ist hiezu staatliche und bezw. kirchliche Zustimmung erforderlich; bei ersteren kann die Corporation die Vertheilung des Ertrages unter die Mitglieder beschließen, während er bei letzteren zu Corporationszwecken verwendet werden muß; ebenso kann bei ersteren nach Auflösung der Corporation die Vertheilung des Vermögens selbst beschlossen werden[64]), während es bei den letzteren durch die Vorsorge des Staates so weit als möglich dem ursprünglichen Zwecke erhalten werden muß.[65])

Darnach wird sich auch die noch immer streitige Frage beantworten lassen, ob die modernen Associationen zu literarischen, artistischen, industriellen, Humanitäts- und Vergnügungszwecken, wie die mannigfaltigen geschichts- und naturforschenden Vereine, Museen, Akademien, Lesecirkel, Landwirthschafts- und Gewerbvereine u. s. w. den Corporationen oder den Gesellschaften beizuzählen sind. Die Merkmale des Corporationsbegriffes treffen bei ihnen zu, sobald sie vermöge ihrer Statuten nicht auf die ursprünglichen Mitglieder beschränkt, sondern darauf berechnet sind, daß ihr Zweck und damit der Verein trotz des Wechsels der Mitglieder derselbe bleibe.[66]) Es ist daher ganz irrig, wenn man sie unter den Begriff einfacher Gesellschaften stellt und die bei ihnen vorkommenden Eigenthümlichkeiten durch eine Modification des Gesellschaftsvertrages erklären will[67]); nicht minder ist die Annahme eines Mitteldinges zwischen Gesellschaften und Corporationen unter dem Namen von „Genossenschaften" überflüssig[68]) und mit Hinsicht auf die weiteren dabei vorkommenden Unterstellungen auch verwerflich.[69]) Diese Associationen sind vielmehr nur in jenem weiten Sinne Gesellschaften[70]),

---

64) Vgl. Gotter in der G. Z. 1870 Nr. 82, 83 (Mitgetheilt aus Busch' Archiv XVIII. 3. u. 4. Heft).

65) Ueber Mittelbildungen zwischen öffentlichen und Privatcorporationen: Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 92.

66) Kurz sobald sie einen die zeitliche Mitgliedschaft Einzelner überdauernden Zweck im Auge haben. Vgl. Vereinsgesetz 26. Nov. 1852 Nr. 253 R. G. B. §. 1.

67) Wie es z. B. Gerber §. 49 Note 5 u. A. thun. Auch Unger I. S. 330 f. characterisirte sie vormals als Gesellschaften mit formeller (collectiver) Personeneinheit; er hat aber dieses Zwitterwesen wieder aufgegeben in der krit. Ueberschau VI. S. 171 f. Vgl. Savigny S. 243, 255, Puchta im Rechtslex. III. S. 76 f., Arndts §. 42 Anm. 3.

68) Die Existenz solcher Genossenschaften vertheidigen Bluntschli Deutsch. P. R. §§. 33, 38, 39. Beseler Deutsch. P. R. §§. 68, 71, 83, Weiske prakt. Unters. III. S. 144 f., Wolff, Renaud u. A. Vgl. die Literatur bei Walter §. 86 Note 6, Gerber §. 49 Note 4, Windscheid §. 58 Note 5. Vgl. auch Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht I. Berlin 1868.

69) Namentlich wegen der absurden Construction eines sog. Gesammteigenthums, dessen Subject die Gesammtheit und doch wieder auch die einzelnen Glieder sein sollen. Vgl. Walter §. 84, Arndts §. 42 Anm. 3, auch Savigny S. 272.

70) Wie gewisse Associationen dieser Art bei den Römern societates genannt wurden (Savigny S. 255), so heißen sie auch noch heutzutage Gesellschaften; allein Gesellschaften im technischen Sinne (vertragsmäßige Vermögensgemeinschaften) sind sie nicht.

Digitized by Google

in welchem der Begriff Gesellschaft zugleich die Corporationen mitumfaßt; man pflegt sie Vereine[71]) oder corporative Gesellschaften[72]) zu nennen.

Es muß aber zugegeben werden, daß das moderne Verkehrsleben auch Corporationen hervorgebracht hat, die einzelne Merkmale der einfachen Gesellschaft, und umgekehrt Gesellschaften, die mehrere Merkmale der Corporation entlehnt haben. Ein Beispiel der ersteren ist der Actienverein mit seinen Abarten: der Gewerkschaft und der Rhederschaft. Es ist dies ein Verein, bei welchem sich die einzelnen Mitglieder nur mit gewissen abgerundeten Theilbeträgen, worauf sich ihre Haftung beschränkt (Actien), an der gemeinschaftlichen Unternehmung betheiligen. Diese Actien[73]) sind beliebig übertragbar und mit der Uebertragung geht die Mitgliedschaft an einen Anderen über. Trotz des fortwährenden Wechsels der Mitglieder bleibt der Actienverein immer derselbe; er, nicht die einzelnen Mitglieder, ist das Subject der gesellschaftlichen Rechte, Forderungen und Schulden,[74]) und eine Theilungsklage findet nicht statt.[75]) Es ist also evident, daß man es hier mit einer fingirten, also juristischen Person zu thun hat.[76]) Allein der Ertrag des Actienvermögens wird unter die Mitglieder vertheilt (sog. Dividende), die Gesammtheit der Mitglieder kann mit diesem Vermögen

---

71) Diesen Ausdruck gebraucht in der neueren Zeit die österr. Gesetzgebung (Vereinsges. 26. Nov. 1852, J. N. §. 26 u. a.), auch Arndts §. 42.

72) Vgl. Keller §. 35, Arndts §. 45 Anm. 6. Im Gegensatz zu denselben heißen die übrigen „einfache Gesellschaften" (Unger S. 328), im röm. Recht privatae societates (L. 59 pr. D. pro socio. 17, 2. Puchta im Rechtslex. III. S. 77 Note 20).

73) Diese Actien bilden Forderungen der Actionäre (Note 74). Renaud R. d. Act. Gesellsch. S. 74 erklärt sie in ziemlich mystischer Weise für eine „Eigenschaft der Person". Freilich gilt für diese Forderungen das Eigenthümliche, daß sie anderen Forderungen gegen den Actienverein nicht gleich-, sondern nachstehen, wie dies das Verhältniß zwischen Actionären und Prioritätsbesitzern zeigt; wie dies zu construiren sei, darüber hat Lemayer G. Z. 1869 Nr. 35 nur Muthmaßungen, nicht eine bestimmte Ansicht.

74) Dieses geht aus dem H. G. B. hervor. Die Actionäre sind nicht als Miteigenthümer des Actienvermögens anzusehen (wie es z. B. Savigny Obl. R. II. S. 113 behauptet), sondern sie sind nur Gläubiger der Corporation für die seinerzeitige Vertheilungsquote (Vgl. Lemayer a. a. O., Arndts §. 45 Anm. 6, Keller S. 65, 78 Note 1 und S. 660, Windscheid §. 58 Note 5, jedoch mit Beschränkungen). Eine Unterstützung dieser Ansicht gewährt nach österr. Recht die Analogie der Gewerkschaften. Nach §. 109 Berggeſ. gelten verliehene Grubenmaßen als unbewegliches Eigenthum, die Kuxe hingegen nach §. 140 als bewegliche Sachen; letztere werden also nicht als intellectuelle Antheile am Bergwerkseigenthum, sondern als Forderungen der Gewerken gegen die Gewerkschaft angesehen.

75) Dies folgt nicht nur indirect aus dem Vereinsgesetze v. 1852 §§. 12 e, 23, 24 (ersterer §. setzt die statutarische Bestimmung über das Stimmrecht als etwas Wesentliches voraus, und die letzteren §§. sprechen nur von einer freiwilligen, nicht auch von einer auf einseitiges Verlangen erfolgenden Auflösung des Vereins), sondern auch aus der Analogie der Gewerkschaften: §§. 139, 155 Berggeſ.

76) Uebereinstimmend: Puchta a. a. O. S. 76. Herrmann der Rechtscharakter der Actienvereine (1858), Renaud Recht der Actiengesellschaften (1863), Hahn Commentar S. 439, Lemayer a. a. O. Nr. 32—35, Witte a. a. O. S. 1 f. Böhlau S. 29 (sog. Corporationstheorie.

Digitized by Google

beliebig disponiren[77]) und nach Auflösung des Vereins wird dasselbe wie der Ertrag vertheilt. Diese Merkmale kommen sonst nur den einfachen Gesellschaften zu, und sind namentlich Veranlassung dafür gewesen, daß man den Actienverein häufig von dem Begriffe der juristischen Person ausschloß.[78]) Allein Erscheinungen, welche nur die regelmäßigen, nicht aber die charakteristischen Kennzeichen einer Corporation sind, können unbeschadet ihres Wesens gar wohl fehlen.

Ein Beispiel in entgegengesetzter Richtung bietet die Handelsgesellschaft als diejenige Gesellschaft, welche unter persönlicher Haftung aller oder einzelner Mitglieder unter einer gemeinschaftlichen Firma Handelsgeschäfte betreibt. Sie ist, da das Gesellschaftsvermögen den einzelnen Mitgliedern pro parte gehört, und diese mit ihrem ganzen Vermögen für die gesellschaftlichen Schulden haften, eine Gemeinschaft. Sie nähert sich aber der Corporation darin, daß nur der Vertreter der ganzen Gesellschaft zur Einhebung der Gesellschaftsforderungen berechtigt ist, und daß der Privatgläubiger des einzelnen Mitgliedes auf seine Gesellschaftsquote nicht greifen darf.[79]) Nach dem H. G. B. hat selbst der Wechsel der Mitglieder auf die juristische Einheit der Gesellschaft keinen Einfluß und eine Theilungsklage wird nicht zugelassen.[80]) Ob hiedurch die Handelsgesellschaft nicht schon zur juristischen Person wird, ist Gegenstand der Untersuchung im Handelsrechte.[81]) —

---

77) Die Mitglieder, also die Gläubiger des Actienvereines haben das Verwaltungsrecht in Ansehung des Vermögens ihres Schuldners. Daß dies nichts Absurdes ist, zeigt Lemayer a. a. O. Note 25.

78) Einige (Gerber in den älteren Aufl. §. 198, Gengler S. 500 f., Thöl Handelsr. I. §§. 44—47, Brackenhöft im Rechtslex. V. S. 84 f., Randa G. Z. 1869. Nr. 70 und Archiv f. Wechselr. XV. S. 25 f. u. A.) erklären sie für einfache Gesellschaften mit modificirtem Gesellschaftsvertrag (Societätstheorie), Andere (Savigny Obl. R. II. S. 113 f., Jolly Zeitschr. f. deutsches R. XI. 10., Unger System I. S. 330 f., Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 557, Salkowski Z. L. v. d. jur. Personen 1863, und Gerber in der 8. Aufl. §. 198) erklären sie im Verhältniß nach Außen für juristische Personen, nach Innen für Gesellschaften (sog. Transactionstheorie; vgl. Kuntze krit. V. J. Schr. VI. S. 66, Windscheid §. 58 Note 5).

79) Vgl. Ges. v. 20. Jänner 1855 Nr. 13 R. G. B. §§. 32, 33.

80) Die Gesellschafter können auch von der Gesellschaft Zinsen beziehen, wie von einem anderen Schuldner (H. G. B. Art. 106).

81) Schwerlich wird aber trotz H. G. B. Art. 111, wonach eine Handelsgesellschaft unter ihrer Firma selbst Grundstücke erwerben kann, die Umschreibung bewilligt werden, wenn eine Handelsgesellschaft, deren Mitgliedern die Grundbesitzfähigkeit fehlt, ein Fabriksgebäude erwerben wollte. Hier werden die einzelnen Mitglieder, nicht eine von ihnen verschiedene ideelle Person, als die Rechtssubjecte anzusehen sein. — Uebrigens ist die Frage sehr streitig: Wehli G. Z. 1864 Nr. 65 behauptet mit Berufung auf die österr. Gerichtspraxis, den §. 26 J. N. und §. 1202 b. G. B. („abgesondertes Vermögen"), daß nicht nur Handelsgesellschaften, sondern die Erwerbsgesellschaften überhaupt nach österr. Rechte juristische Personen seien. Vgl. ferner für die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft: Ladenburg im Arch. f. Wechsel- und Handelsrecht X. S. 237 f. (denn die Handelsgesellschaft könne eine Klage gegen einzelne Theilnehmer der Firma anstellen; im Falle ein Theilhaber ihr Gläubiger und Schuldner werde, trete keine confusio

Digitized by Google

Von einer Stiftung wird auch dann schon gesprochen, wenn ein Vermögen zu einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke einer bestimmten Person überlassen wird, welche mit der Ausführung dieses Zweckes beauftragt wird (Stiftung im weiteren Sinne). Hier ist Subject des Stiftungsvermögens die bestimmte physische oder juristische Person (z. B. eine Gemeinde). Stiftung im engeren und eigentlichen Sinne ist aber nur dann vorhanden, wenn ein Vermögen, ohne Jemandem überlassen zu werden, einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke gewidmet wird.[82]) In diesem Falle liegt eine selbständige juristische Person vor, und muß auch nach österr. Rechte als solche erkannt werden, wie es die §§. 694, 778, 646 b. G. B. und die zahlreichen über einzelne Arten von Stiftungen, als: Kirchen-, Schulen-, Armenfonde, Waisen- und Sparcassen u. s. w. bestehenden gesetzlichen Bestimmungen beweisen, auf welche §. 646 ausdrücklich verweist.[83]) In dem der Lehre von juristischen Personen gewidmeten §. 26 sind nur die Corporationen („Gesellschaften")[84]), nicht auch die Stiftungen erwähnt; dies hat seinen Grund in der älteren Anschauungsweise, wonach das Stiftungsvermögen je nach seinem besonderen Zwecke entweder im Eigenthum der Kirche[85]) oder des Staates oder einer Gemeinde, also immer im Eigenthum einer Corporation stehen soll, womit die Nothwendigkeit der Aufstellung einer zweiten Art juristischer Personen entfiele.[86]) Allein diese Anschauung

---

debiti et crediti pro parte ein; Gesellschafter und Gesellschaft können gegenseitig auf einander trassiren und Servituten an den gegenseitigen Grundstücken erwerben); Gotter oben Note 64 (er verweist bezüglich der solidarischen Haftung der öffentlichen Gesellschafter auf die ähnliche solidarische Haftung bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, welche doch unzweifelhaft juristische Personen sind). Dagegen aber Randa G. Z. 1863 Nr. 99, 100, Hahn Comm. I. S. 261 f., Wedekind G. H. 1864 Nr. 32, Böhlau S. 30. — Vgl. auch Entsch. G. Z. 1868 Nr. 48: die Gesellschaft war in Folge des Todes eines Gesellschafters aufgelöst und die Interessenten übereingekommen, daß die bücherliche Forderung der Gesellschaft Einem von ihnen allein zufallen sollen; die Umschreibung unmittelbar auf den letzteren wurde zugelassen.

82) Unger S. 347 f.

83) Nicht also die zu betheiligenden Personen (Pfründner, Stipendisten, die Kranken in den Spitälern) sind als die Vermögenssubjecte anzusehen; sie sind nur Genießer eines fremden Vermögens. Vgl. Unger a. a. O.

84) Daß unter den Gesellschaften des §. 26 nur die Corporationen, nicht auch die Stiftungen verstanden werden wollten und daß daher die Corporation den ganzen Begriff der „moralischen Person" erschöpfte, beweist §. 286, welcher den einzelnen Personen die moralischen Personeninbegriffe entgegensetzt. Ein ähnlicher Gegensatz findet sich im §. 13: „einzelne Personen" und „ganze Körper". Unger S. 319.

85) Eigentlich rechnet das canonische Recht die milden Stiftungen nur zu den bona ecclesiastica, was soviel heißt, daß sie unter kirchlicher Aufsicht stehen und der kirchlichen Privilegien theilhaftig sind, ohne daß dadurch die juristische Persönlichkeit derselben aufgehoben würde (Savigny S. 271. Bangerow S. 115. Puchta Pand. §. 27 Note k. Keller §. 35). Erst neuere Schriftsteller faßten sie als Eigenthum der Kirche auf. Dem §. 286 b. G. B. scheint Eigenthum des Staates vorzuschweben.

86) Corporation und juristische Person waren dieser älteren Doctrin identisch, die Selbständigkeit der Stiftungen übersah man ganz. Savigny S. 265 f. Unger S. 318 f. Windscheid §. 57 Note 5. — Erst Heise (Grundriß) machte darauf aufmerksam, daß man den Begriff der juristischen Person bis dahin zu eng aufgefaßt habe. Die irrige An-

Digitized by Google

ist unrichtig; denn zwischen dem Staat, der Kirche oder der Gemeinde einerseits und der Stiftung andererseits können Verträge geschlossen, Servitutsverhältnisse begründet, Processe anhängig gemacht werden u. s. w., was wesentlich zwei verschiedene Personen voraussetzt.[87])

§. 81. Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen.

Die regelmäßige Bedingung der Erwerbung von Vermögensrechten ist eine juristische Handlung[1]), wesentliches Erforderniß der letzteren aber ist der Wille. Da nun ein solcher nur physischen Personen zukommt, juristische Personen als bloße Begriffe keinen Willen haben können, so sind sie vollkommen handlungsunfähig. Damit aber wirft sich die Frage auf: Wodurch wird bei juristischen Personen die Möglichkeit des Vermögenserwerbes vermittelt?

Das gleiche Verhältniß tritt zuweilen auch bei physischen Personen ein, ohne daß dadurch ihre Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt würde: so bei Kindern, Wahn- und Blödsinnigen. Der physische Mangel, der der Erwerbsfähigkeit dieser Personen im Wege stehen würde, wird durch jenes bekannte Institut behoben, welches §. 21 b. G. B. den „besonderen Schutz der Gesetze" nennt, und welches sich dadurch charakterisirt, daß diesen Personen handlungsfähige Vertreter beigegeben werden, deren Handlungen vermöge einer juristischen Fiction als Handlungen der Vertretenen angesehen werden. Das gleiche Mittel muß auch hier aushelfen[2]), und in der That nennt §. 21 auch die Gemeinden (d. i. die Corporationen) als solche unter dem gesetzlichen Schutze stehende Personen. Zahlreiche administrative Vorschriften bestätigen diese Annahme vollkommen.[3])

---

sicht vertheidigten noch Roßhirt im civ. Arch. X. S. 323 f., Fritz Erläut. I. S. 153 f., Northoff die Giltigkeit der Erbeins. einer zu errichtenden milden Stiftung. Göttingen 1833 S. 13 f. Man hob diesen Gesichtspunkt insbesondere hervor, um die Giltigkeit der Städel'schen Stiftung zu vertheidigen, deren Eigenthümerin sonach die Stadt Frankfurt sei. Vgl. Bangerow I. §. 60. Unger S. 348.

87) Bangerow S. 115, Savigny S. 267, 271.

1) Für die erste Vermögensacquisition gilt das unbedingt; der Eigenthumserwerb durch Accession setzt ein bereits vorhandenes Vermögen voraus. Vgl. Savigny S. 282 Note c.

2) Savigny S. 283. Keller §. 38; auch deutschrechtlich gilt allgemein dies Analogon der Vormundschaft; vgl. Gerber §. 53 Note 3, Gengler S. 135 u. A.

3) Hieher gehören namentlich die verschiedenen Gemeinde- und Zunftordnungen, das Gewerbegesetz, die zahlreichen Anordnungen über die Verwaltung der Staats-, Religionsfonds-, Armenfonds- und Stiftungsgüter, über die Veräußerung und Belastung der Kirchengüter u. s. f. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß das G. B. mit dem Ausdruck „Gemeinde" die römische universitas bezeichnen wollte, welche noch heutzutage im Deutschen mit „Gemeinheit" übersetzt wird (vgl. Arndts §. 42, Haimberger §. 69). Vgl. den gleichbedeutenden Ausdruck „Gemeinschaft" im §. 1023, ferner den amtlichen Index, wo s. v. „Corporation" auf den Artikel „Gemeinden" verwiesen wird; auch das Wiener Convers. Lex. VII. S. 171 bezeichnet „Gemeinheit" und „Gemeinde" als identisch; endlich beweist der in §. 539 und in vielen Administrativverordnungen vorkommende Ausdruck

Digitized by Google

Juristische Personen sind somit in dem Grade, wie Kinder und Geisteskranke handlungsunfähig, und dieser Satz leidet auch keine Ausnahme bei den Corporationen, bei denen man versucht sein könnte, die Willenseinheit sämmtlicher Mitglieder für den Willen der Corporation anzusehen, denn diese ist eben nicht die juristische Person; die Corporation bleibt trotz des Wechsels der Mitglieder dieselbe; Mitglieder und Corporation sind nicht Eins, und demgemäß kann der Wille der Ersteren, wie unten gezeigt werden wird, höchstens als der Wille des die Corporation vertretenden Organs angesehen werden.[4])

Die Frage, wem die Vertretung der hienach als vertretungsbedürftig erkannten juristischen Person zukomme, beantwortet sich aus ihrer Verfassung, die bei den verschiedenen juristischen Personen eine sehr verschiedene ist[5]), da sie, namentlich bei willkührlich errichteten juristischen Personen häufig von dem Willen des Errichtenden abhängt. Im Allgemeinen werden Gemeinden durch die Gemeindevorstehung, Zünfte und Gremien durch ihren Vorstand, Klöster durch ihren Oberen, Pfarrgemeinden und Kirchen durch den Pfarrer mit Beigebung weltlicher Mitglieder[6]), Vereine und Actiengesellschaften nach Verschiedenheit der Angelegenheit durch einen Director, den Ausschuß, die Generalversammlung, Spitäler durch die Spitalsverwaltung und besondere, denselben vorgesetzte Organe, Stiftungen regelmäßig durch die vom Stifter oder vom Gesetze vorgesehene Repräsentanz vertreten[7]), u. s. w. Darüber besteht eine große Zahl positiver Normen von administrativer Natur, auf welche das Gesetz nur allgemein hinweist (§§. 27, 290, 646, 867). Besteht für eine Corporation kein besonderes stellvertretendes Organ (universitas inordinata)[8]), so werden die sämmtlichen gegenwärtigen Mitglieder (die Generalversammlung) als ihre Vertretung angesehen.[9]) Ueber die Frage, ob die Theilnahme Aller bei der betreffenden

---

„geistliche Gemeinden", daß unter Gemeinden nicht immer die politischen Gemeinden zu verstehen sind; dagegen wird freilich in §§. 286, 529, 559, 1454 die Gemeinde „anderen moralischen Körpern" entgegengesetzt.

4) Savigny S. 283.

5) Vgl. Keller §. 38, Windscheid §. 59. Bei juristischen Personen, die eine specielle Verfassung haben, nennt man letztere ihre Statuten; so z. B. bei Actienvereinen.

6) Vgl. Ges. v. 7. Mai 1874 Nr. 50 R. G. B., §. 42 und (speciell über die Beurkundung von Rechtsgeschäften für eine Kirche oder kirchliche Anstalt) 48. Rein kirchliche Stiftungen bleiben in der Verwaltung der kirchlichen Organe (§. 47 ebda).

7) Vgl. Hofd. v. 13. Jänner 1821 Nr. 1730 (Winiwarter II. S. 244).

8) Savigny S. 245. Windscheid §. 59 Note 3.

9) Savigny S. 283. Windscheid §. 59, Arndts §. 43. Aber auch bei der universitas ordinata kommen Fälle vor, wo sie durch ihre Mitglieder vertreten wird. Hieher gehören manche Ersitzungsfälle, bei welchen der erforderliche dauernde Besitz von niemand Anderem, als den Mitgliedern ausgeübt werden kann, z. B. bei der Ersitzung eines Gemeindeweges, einer Gemeindeweide u. dgl. (das röm. R. half bei Gemeindewegen durch die bei uns fehlende praescriptio immemorialis). Es läßt sich dies auch dadurch rechtfertigen, daß die Gemeindeglieder in solchem Falle einen stillschweigenden Auftrag von Seite der Gemeindevertretung haben: die Gemeinde übt ihren Besitz in ähnlicher Weise aus, wie der Commodant durch den Commodatar. Der oberste württemb.

Digitized by Google

Willenserklärung, und ob Stimmeneinhelligkeit oder nur Stimmenmehrheit erforderlich sei, entscheiden die §§. 1011 und 838.[10])

Die weitere Frage, ob die Vertretung der juristischen Person bei ihrer Geschäftsführung unbeschränkt ist oder nicht, beantwortet sich ebenfalls aus dem Grundsatz des §. 21, daß juristische Personen unter dem gleichen gesetzlichen Schutz, wie Minderjährige stehen. Daraus folgt, daß die Vertretung im Zweifel, d. h. insoweit nicht speciellere Normen bestehen[11]), die gleiche Gewalt hat, wie ein Vormund, und daß sie demgemäß bei allen Geschäften, die nicht mehr zu dem Aufwande der ordentlichen Verwaltung gehören und von größerer Wichtigkeit sind (§. 233 b. G. B.), namentlich bei Veräußerungen des Stammvermögens, bei einer Belastung desselben, bei Vornahme einer bisher nicht stattgefundenen Verpachtung u. s. w. an die Genehmigung eines ihr vorgesetzten Organs gebunden ist.[12]) Dieses ist jedoch nicht das Gericht, sondern regelmäßig die „öffentliche (auch die kirchliche) Verwaltung“[13]) und nur dann ein Privatorgan, wenn von denjenigen, denen die juristische Person das Vermögen zu verdanken hat, eine darauf abzielende Disposition getroffen und diese von der Staatsgewalt bestätigt wurde.[14]) Auch bei Actienvereinen ist dieses Organ regelmäßig nur die Generalversammlung.[15]) Auf diese Intervention der öffentlichen

---

Gerichtshof hat in einem Rechtsfalle (Württemb. Archiv v. Kübel und Sarwey XIII. 1. Abth. 1870, abgedruckt in der österr. Verwaltungszeitschr. 1870 Nr. 42) sogar die Möglichkeit der Ersitzung einer auf zwei Tage in der Woche beschränkten Leseholzgerechtigkeit zu Gunsten der ärmeren Ortsbürger einer Gemeinde angenommen; als Klägerin im Namen dieser Armen war die Gemeinde aufgetreten.

10) Nach röm. R. galt bei Stadtgemeinden die Regel, daß von den Mitgliedern des Senats wenigstens $^2/_3$ anwesend sein sollen, und daß unter diesen die Stimmenmehrheit entscheide. Savigny S. 327 ff., Keller §. 38. Eine allgemeine Regel für Corporationen enthält das röm. R. nicht. — Stimmenmehrheit genügt nicht zu Aenderungen der Statuten und zur Auflage neuer Verbindlichkeiten an die Mitglieder, wenn das Gegentheil nicht statutenmäßig bestimmt ist. (Spruchrep. Nr. 46 in G. Z. 1873 Nr. 35 [= Sammlung XI. Nr. 4928].

11) Wie z. B. in den Gemeindeordnungen, den Bestimmungen über die Verfügung mit geistlichen Gütern u. s. w. Vgl. z. B. §. 50 des Ges. v. 7. Mai 1874 Nr. 50 R. G. B.

12) Savigny S. 339—351; auch er unterscheidet Geschäfte der laufenden Verwaltung, und solche, welche in den Zustand der juristischen Person und ihres Vermögens verändernd eingreifen.

13) So sagt Savigny S. 353: „Die rechtliche Möglichkeit, derlei Handlungen vorzunehmen, ist durch das obervormundschaftliche Schutzrecht gegeben, welches der Staat über alle schutzbedürftigen Personen, also auch über die Corporationen, ausüben darf und soll.“ Jedoch ist bei Kirchengütern neben der Staats- auch die Kirchengewalt als obervormundschaftliches Organ anzusehen, und so wird es auch in Oesterreich gehalten: Vgl. rücksichtlich der geistlichen Stiftungen Hofd. v. 7. Juni 1841 (Winiwarter II. S. 253); rücksichtlich der Veräußerung und Belastung des Kirchenvermögens Min. Verordnung v. 20. Juni 1860 Nr. 162 R. G. B.

14) Dies kann namentlich bei Stiftungen, bei denen die Beschlußfassung über die wichtigeren Geschäfte einer Gemeindevorstehung, oder bei Vereinen, bei denen sie der Generalversammlung vorbehalten sein kann, eintreten.

15) Vgl. §. 23 des Vereinsges. v. 26. Nov. 1852. Windscheid §. 59 stellt die Regel auf, daß Staatsge-

Digitized by Google

Verwaltung wird in den die Rechtsgeschäfte juristischer Personen behandelnden §§. 27, 290, 867 b. G. B. vorzugsweise hingedeutet. Diese Intervention hat auch einzutreten, wenn es sich um die Vertheilung des Vermögens einer öffentlichen Corporation unter die Mitglieder handelt, weil dieses der Corporation, nicht den Mitgliedern gehört und daher nicht als gemeinschaftliches Eigenthum der letzteren anzusehen ist.[16]) Diese Vertheilung ist daher eine wahre Veräußerung des Corporationsvermögens an Dritte und somit wie jede andere Veräußerung eines solchen Vermögens zu behandeln.[17]) Doch bezieht sich dies nicht auf Actienvereine und jene Vereine, bei denen die Vertheilung des Vermögens statutenmäßig der Gesammtheit der Mitglieder zusteht.

Die Rechtsfähigkeit juristischer Personen betreffend verfügt §. 26, daß sie „gegen Andere in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen genießen". Naturgemäß bezieht sich diese Gleichstellung nur auf Vermögensrechte (vgl. §. 290.); Familienrechte kommen juristischen Personen nicht zu, schon weil ihnen die Möglichkeit, in Familienverhältnissen zu stehen, abgeht, und es könnte also durch sie z. B. keine Adoption vorgenommen werden. Ebensowenig können sie jener Vermögensrechte theilhaftig werden, deren Wurzel ein Familienverhältniß bildet, wie des Intestaterbrechts, der Versorgungspflicht u. s. w. Rücksichtlich der übrigen Vermögensrechte aber kommt ihnen im Allgemeinen die gleiche Rechtsfähigkeit wie physischen Personen zu; ja sie sind diesen gegenüber in manchen Fällen sogar bevorzugt, wie z. B. hinsichtlich der Verjährung (§§. 1472, 1485), hinsichtlich der letztwilligen Zuwendungen (§§. 685, 694, 778), der Fiscus hinsichtlich seiner gesetzlichen und privilegirten Pfandrechte (§. 450) u. s. w., so wie sie auch nach Umständen den physischen Personen nachgesetzt sein können, wie z. B. einzelne geistliche Orden und Congregationen, denen nach ihrer Ordensregel die Fähigkeit, liegendes Eigenthum zu erwerben, abgeht.[18])

Die einzelnen Rechte betreffend sind die juristischen Personen vor Allem fähig, Eigenthum zu haben und solches zu erwerben (§§. 286, 290).

---

nehmigung nur bei den wichtigeren Beschlüssen solcher Corporationen nothwendig sei, welche nicht lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder bestehen (also nicht sog. Privatcorporationen sind).

16) Dieses wird vielseitig behauptet, selbst von Thibaut. Vgl. Savigny S. 329 f., Unger S. 328 Note 2.

17) Savigny S. 342, 349, 355 ff. Schlagend ist das Beispiel (S. 349) eines ausgewanderten Handwerkers, der sein ungeheures Vermögen seiner ursprünglichen aus 15 Meistern bestehenden Zunft vermacht. Käme es hier nur auf den Willen der Zunftmitglieder an, so würden sie wohl das Vermögen sofort unter sich vertheilen, und vielleicht auch nur unter die Mitglieder der Majorität, wenn der Mehrheitsbeschluß der ausschließlich maßgebende wäre.

18) Die frühere Unfähigkeit geistlicher Corporationen, Grundeigenthum zu erwerben, worauf §. 26 b. G. B. durch den Ausdruck „in der Regel" insbesondere hinzudeuten scheint, ist durch Art. 29 des Concordats von 1855 entfallen. Nach §. 6 des St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 142, sind „für die todte Hand Beschränkungen des Rechtes, Liegenschaften zu erwerben und über sie zu verfügen, im Wege des Gesetzes aus Gründen des öffentlichen Wohles zulässig".

Digitized by Google

Dieses steht, wenn die juristische Person eine Corporation ist, nicht den einzelnen Gliedern, sondern nur der Corporation als fingirter Person zu, selbst wenn den ersteren ein unmittelbares Benutzungsrecht am Corporationsvermögen zukommt. Dies kann namentlich beim Gemeindeeigenthum vorkommen, welches bald von der Art ist, daß dessen Einkünfte unmittelbar in die Gemeindecasse fließen (Kämmereigut[19]), Gemeindevermögen), bald von der Art, daß es den einzelnen Gemeindegliedern zur unmittelbaren Benutzung frei steht (Allmendgut[20]), Bürgervermögen[21]), Gemeindegut[22]), §. 288). Daß im ersten Falle die Gemeindeglieder nicht als Miteigenthümer zu betrachten sind, wird heutzutage nicht mehr bezweifelt; zweifelhaft aber erscheint die Sache im zweiten Falle. Ungezweifelt ist Gemeindeeigenthum dann anzunehmen, wenn die Benutzung (z. B. der Wege, der Gemeindeweide, der Gemeindewaldung) allen Gemeindegliedern oder wenigstens allen angesessenen zukommt, weil es nicht gerade einer Singular- oder Universalsuccession, sondern nur der Gemeindemitgliedschaft bedarf, um dieser Benutzung theilhaftig zu werden, und weil im Allgemeinen die Gemeindevorstehung als berechtigt betrachtet wird, über dieses Vermögen, sowie über dessen Benutzung zu verfügen; wo dagegen das Benutzungsrecht nur einzelnen Mitgliedern zukommt, den anderen aber fehlt, da scheint bloßes Miteigenthum der Nutzungsberechtigten vorhanden zu sein[23]), und findet diese Ansicht auch im §. 288 insofern eine Stütze, als er Gemeindegut nur dasjenige nennt, welches zum Gebrauche eines jeden Mitgliedes der Gemeinde dient; das Richtige ist gleichwohl, daß auch in diesem Falle in der Regel[24]) wahres Gemeindeeigenthum existirt, und die Nutzungsrechte der einzelnen Gemeindeglieder als Prädialservituten angesehen werden müssen. Daraus folgt, daß die Gemeinderepräsentanz über das Eigenthum nur unbeschadet der Nutzungsrechte der „Realgemeindeberechtigten" verfügen kann und

---

19) Gerber §. 51, Savigny S. 288 Note m.

20) Gerber §. 51, Puchta im Rechtslex. III. S. 79, Brackenhoeft ebenda IV. S. 528.

21) Savigny Seite 288 Note m, Brackenhoeft a. a. O.

22) Vgl. die Erklärung des Ausdruckes „Gemeindegut" im Wiener Converf. Lex. VII. S. 169. Danach sind das Güter, deren Eigenthum der Gemeinde, deren Genuß aber allen Gemeindegliedern zusteht, und zwar von zweifacher Art: a) Holzungen, Acker-, Gartengrundstücke, Obstpflanzungen, Capitalien, Pachtgelder u. s. w. Bei diesen Nutzungen findet eine von der Gemeinde als moralischer Person geführte Verwaltung statt und die Nutzungen werden getheilt; b) Gemeindehut, Weideplätze, Anger und Lehden, Brunnen, Seen, Brauhäuser u. s. w. Hier üben die Einzelnen ihr Nutzungsrecht unmittelbar nach Art einer Servitut aus.

23) Diese Ansicht vertritt auch Savigny S. 288, 289. Hingegen erklärt Puchta a. a. O. die Allmende als das Gesammteigenthum (condominium in solidum) aller Gemeindeglieder. Ueber den Bestand eines sog. Gesammteigenthums vgl. aber Gerber §. 77. — Brackenhoeft a. a. O. S. 529 f., Keller §. 37, Holzschuher S. 268, Gerber §. 51 und Gengler S. 156 erklären die Allmende ohne die von Savigny gemachte Unterscheidung für ein Gemeindeeigenthum.

24) Wie ist es in Leoben, wo der Ertrag in Geld unter die Bürger vertheilt wird und wo sich auch Bergwerke im Gemeindeeigenthum befinden?

Digitized by Google

diese Rechte ohne Zustimmung der Berechtigten nicht geschmälert werden können.[25])

Daß juristische Personen Pfandrecht erwerben können, geht aus ihrer Vermögensfähigkeit von selbst hervor. Die Gleichstellung derselben mit Minderjährigen hat insbesondere zur Folge, daß die Capitalien der unter der Obsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Corporationen und Stiftungen nach den gleichen Grundsätzen, wie jene der Minderjährigen, zu fructificiren sind.[26])

Ebenso können den juristischen Personen sowohl Prädial- als Personal-Servituten[27]) zukommen, und es bildet rücksichtlich der letzteren nach österr. Rechte der Umstand kein Hinderniß, daß Personalservituten ihrer Natur nach nur für eine gewisse Dauer berechnet sind (§. 529).[28])

Juristische Personen sind besitzfähig. Es könnte dies aus dem Grunde bezweifelt werden, weil der Besitz wesentlich den Besitzwillen voraussetzt (§. 309), dessen die juristischen Personen als bloße Begriffe nicht fähig sind. Allein so wie Kinder und Geisteskranke trotz des gleichen Hindernisses durch Vermittlung ihrer gesetzlichen Vertretung besitzfähig sind (§. 310), ebenso juristische Personen.[29]) Das Gesetz erwähnt dieser Besitzfähigkeit rücksichtlich der Gemeinden (§. 337) ausdrücklich.[30]) Eine andere Frage ist aber die, in welcher Weise im einzelnen Falle der Besitz ausgeübt werden muß, damit die Gemeinde als Besitzerin angesehen werde. Es ist diesfalls zwischen dem Gemeindegut und dem Gemeindevermögen (§. 288) zu unterscheiden. Der Besitz hinsichtlich des letzteren wird durch die gewöhnliche Gemeinderepräsentanz ausgeübt, an ersterem aber durch jene Handlungen, in denen sich das Eigenthum der Gemeinde an Sachen dieser Art äußerlich manifestirt. Da dies z. B. hinsichtlich der öffentlichen Wege dadurch geschieht, daß sie von jedem Gemeindeglied benützt werden, so besteht auch der bloße Besitz der Gemeinde in der Benutzung durch die einzelnen Gemeindeglieder.

---

25) Vergl. die Entsch. G. H. 1863 Nr. 54, 55 [= Sammlung IV. Nr. 1759].

26) Nämlich nach Maßgabe des §. 230 b. G. B. Reg. B. v. 12. Dec. 1827 (Winiwarter II, S. 248), §. 50 des Ges. v. 7. Mai 1874 Nr. 50 R. G. B.

27) Nach Savigny II S. 290, dem Unger I. S. 341 folgt, kann den juristischen Personen wohl der Usus fructus, nicht auch der Usus zustehen; für das österr. R. läßt sich diese Unterscheidung nicht vertheidigen, da §. 529 nicht unterscheidet.

28) Nach röm. R. erlischt der einer juristischen Person verliehene Usus fructus mit dem Ende dieser, längstens aber in 100 Jahren als dem Zeitraum, der die längste Lebensdauer eines Menschen repräsentirt (L. 56. D. 7. 1. L. 8. D. 33. 2.).

29) Savigny S. 292.

30) Juristische Personen können also auch ersitzen. Da aber dazu dauernder Besitz gehört, ein solcher aber nicht immer von der Vorstehung, sondern nach Umständen nur von den einzelnen Gliedern ausgeübt werden kann, wie z. B. bei Gemeindewegen (§§. 288, 290), so tritt hier die eigenthümliche Erscheinung hervor, daß die Vorstehung, wenn es zum Rechtsstreit kommt, (scheinbar) die Handlungen einzelner Personen vertritt, und daß Besitzhandlungen einzelner Mitglieder als Handlungen der von ihnen verschiedenen juristischen Person erscheinen. Vgl. unten die Lehre von Sachen und vom Besitz.

Digitized by Google

Juristische Personen können Verträge eingehen und dadurch sowohl Forderungen erwerben, als auch sich Verbindlichkeiten auferlegen (§. 867). Ob sie aber aus Delicten verpflichtet werden können, ist eine ausnehmend bestrittene Frage. Daß sie im Falle einer Verletzung schon bestehender obligatorischer Verhältnisse ersatzpflichtig werden können, gibt man wohl allgemein zu[31]), weil die auf solche Weise entstandene Ersatzpflicht nur eine Modification der ursprünglichen Verpflichtung bildet. Hingegen bestreitet die herrschende gemeinrechtliche Lehre[32]) die Zulässigkeit einer Delictsklage gegen juristische Personen, weil diese selbst eines Verschuldens nicht fähig sind und die in ihrem Namen von ihren Repräsentanten begangenen Delicte ihnen nicht imputirt werden können, da sich das Repräsentationsbefugniß nicht bis zur Begehung von Delicten erstreckt.[33]) Dagegen muß aber erinnert werden, daß, wenn man Ersatzpflichtigkeit bei Schuldverletzungen juristischer Personen zugibt, man sie folgerichtig auch bei Delicten zugeben muß, da auch bei ersteren eigenes Verschulden wesentlich gefordert wird; zu dem kommt der Umstand, daß der durch das Delict des Stellvertreters einer juristischen Person Verletzte gewiß des gesetzlichen Schutzes nicht minder bedarf, als wenn die Verletzung von einem anderen Repräsentanten ausgegangen wäre, — umsomehr, als gerade solche Verletzungen häufig Dimensionen annehmen, wie sie bei Verletzungen von Privaten nicht vorkommen[34]); endlich kann die Delictshandlung allerdings in der Vertretungsbefugniß des Repräsentanten liegen, nur die dazu erforderliche gesetzwidrige Gesinnung nicht; in dieser Beziehung gilt aber, wie sofort nachgewiesen

---

31) Keller Pand. §. 37, Unger Syst. I. S. 342 und Note 49 mit Berufung auf Savigny II. S. 317 und Pfeifer Jur. Pers. S. 102; vgl. auch Entsch. G. Z. 1869, Nr. 34 [= Sammlung VII. Nr. 3292] betreffend die Haftung einer Gasbeleuchtungsgesellschaft nach §. 1161, und Sommaruga G. Z. 1858 Nr. 51—54, s. Peitler S. 683.

32) Die früher herrschend gewesene Meinung war für die Delictsfähigkeit jurist. Personen; so Sintenis Civ. R. (1. Aufl.) I. S. 123 und die Lehrbb. v. Wening, Mühlenbruch, Thibaut, Schweppe u. A., ja selbst Kierulff hinsichtlich der Privatdelicte (vgl. Vangerow §. 55 und Unger I. S. 342, Note 46.)

33) Vangerow §. 55, Savigny II. S. 317—323, Puchta im Rechtslex. III. S. 71, Arndts §. 59. A. 2, Windscheid §. 59 a. E., Keller §. 37, Unger I. S. 341, 342, Lasson Princip und Zukunft des Völkerrechts S. 133, 134, Bekker dogm. Jahrbb. XII. S. 122, Minasiewicz Ztschr. f. österr. R. G. 1836 I. S. 100 f. Für das röm. Recht wird die Richtigkeit dieser Auffassung kaum bezweifelt werden können, da sie in L. 15. §. 1 D. de dolo malo 4. 3 und L. 4. D. de vi 43. 16 ihre bestimmte Bestätigung findet, und die juristische Person, wie es ebenda heißt, nur das herauszugeben verpflichtet ist, was durch den Dolus ihrer Geschäftsführer ihr zugekommen ist. (Ueber die scheinbar entgegenstehende L. 9. §. 1. 3 D. quod met. 4. 2 vgl. Vangerow §. 55. Puchta S. 71 Note, Windscheid §. 59 Note 7 (2. Aufl.), welcher Letztere die Stelle nur auf den Anspruch auf die Bereicherung bezieht). Allein in der nachrömischen Zeit ist dieser Satz nicht immer festgehalten worden: Arndts und Windscheid a. d. aa. OO. Bekker in den dogm. Jahrbb. XII. S. 120 f.

34) Man denke an Eisenbahnunfälle oder daran, daß ein einem Actienverein gehöriges Schiff ein anderes Schiff in den Grund bohrt; der Ersatzanspruch gegen die meist vermögenslose Repräsentanz würde fast nie zum Ziele führen.

Digitized by Google

werden soll, die Gesinnung des Repräsentanten als Gesinnung des Repräsentirten.

Die österreichische Gesetzgebung hat die Delictsfähigkeit juristischer Personen auf das Bestimmteste anerkannt. Dies beweist schon §. 337 b. G. B., wonach eine Gemeinde als unredliche Besitzerin anzusehen ist, wenn deren Repräsentanz unredlich handelt; damit will gesagt werden[35]), daß gegen die als unredlich zu erachtende Gemeinde die Delictsklage[36]) nach §. 335 zulässig ist, vorbehaltlich des Rückersatzanspruches gegen die schuldtragende Repräsentanz nach §. 337. Ebenso spricht §. 86 des Gemeindegesetzes vom 17. März 1849[37]) von einem vermutheten Verschulden der Gemeinde bei einer in ihrer Gemarkung verübten öffentlichen Gewaltthätigkeit. Ferner erscheint nach §. 60 der Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. November 1851 Nr. 1 R. G. B. ex 1852 „die Direction der Staatsverwaltung und dem Publikum gegenüber als Bevollmächtigter des Vereins, welcher für alle Handlungen und Unterlassungen dieser Direction civilrechtlich verantwortlich ist," und übereinstimmend damit verfügt §. 19 ebenda: „Die Betriebsunternehmungen haften für die durch eigenes oder durch Verschulden ihrer Beamten und Diener an Personen und Sachen zugefügten Beschädigungen nach den Bestimmungen des a. b. G. B. über Schadenersatz." Auf das Entschiedenste aber betont die Delictsfähigkeit der Eisenbahnunternehmungen das Gesetz vom 5. März 1869 Nr. 27 R. G. B., welches bei körperlichen Verletzungen und Tödtungen von Menschen, welche durch eine Ereignung im Verkehre der Eisenbahn herbeigeführt werden, bestimmt, daß in solchem Falle vermuthet werde, „daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Personen eingetreten sei, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient. Das Verschulden dieser Personen hat die Unternehmung ebenso, wie ihr eigenes Verschulden durch Leistung des Ersatzes nach Maßgabe der §§. 1325—27 a. b. G. B. zu vertreten."[38])

Diese nur einzelne Corporationen betreffenden Aussprüche der Gesetzgebung können nicht als singuläre Ausnahmsbestimmungen, sondern sie müssen als der Ausdruck eines allgemeinen Rechtssatzes — des Satzes, daß auch juristische Personen delictfähig sind — angesehen werden, da wir auch durch aprioriische Deduction das gleiche Resultat gewonnen haben.

---

35) Zeiller ad §. 337. Winiwarter II. S. 66. Stubenrauch I. S. 674 Nr. 3. Dolliner Ztschr. f. österr. R. G. 1835 II. S. 103 f., 1836 II. S. 104 f. u. A.

36) Ist diese Klage gegen die juristische Person zulässig, so kann sie gewiß auch wegen Besitzstörung geklagt werden, wenn im Namen derselben eine solche vorgenommen wurde. Vgl. Hillbricht G. H. 1869 Nr. 3.

37) Vgl. ebenda §. 85 und die Beweisregel des §. 1298 b. G. B.

38) Aus der Praxis vgl. für die hier vertretene Ansicht Entsch. G. H. 1860 Nr. 35, 1857 Nr. 28, 1867 Nr. 45 [= Sammlung II. Nr. 948, Peitler Nr. 754 (Entsch. der II. Instanz), Sammlung VI. Nr. 2746]; J. N. in der Ztschr. f. Rechts- und Staatsw. 1847 II. S. 422. Seuffert Arch. IV. 119, VII. 150, XIV. 36. Siehe auch Randa G. H. 1869 Nr. 48 f. — Daß juristische Personen auch gestraft werden können, darüber s. Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70 R. G. B., §. 53.

Digitized by Google

Juristische Personen sind erbfähig (§§. 559, 778); doch kommt ihnen nur das testamentarische Erbrecht zu, indem das Intestaterbrecht auf Familienverhältnissen beruht, das vertragsmäßige aber nur zwischen Ehegatten stattfinden kann. Viele juristische Personen werden erst durch das Erbrecht begründet, nämlich die erst nach dem Tode des Testators entstehenden Stiftungen. Die früher bestandene Erbunfähigkeit der todten Hand (§. 539) ist aufgehoben.[39]) Ein Testirungsrecht kommt jedoch juristischen Personen nicht zu, weil es Handlungsfähigkeit voraussetzt, diese aber juristischen Personen fehlt.

Zur Geltendmachung ihrer Rechte können juristische Personen als Kläger auftreten, und umgekehrt auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten geklagt werden (§§. 1472, 1473, 1485)[40]); ihre diesfälligen Streitigkeiten, selbst jene des Fiscus, sind von den Gerichten, und zwar nach den gewöhnlichen privatrechtlichen Grundsätzen, zu entscheiden.[41])

§. 82. Entstehung und Erlöschung juristischer Personen.

A. Eine juristische Person ist entstanden, sobald ein, einem erlaubten Zwecke gewidmetes, keiner physischen Person gehöriges Vermögen vorhanden ist. Es genügt aber auch die Existenz einer bloßen Corporation ohne Vermögen[1]); man kann nicht sagen, daß, wo nicht Vermögensrechte und Verbindlichkeiten existiren, auch das Bedürfniß zur Fingirung einer Person fehle[2]), dieses Bedürfniß ergibt sich vielmehr schon daraus, daß die Corporation, schon bevor sie Vermögen hat, der Vermögensfähigkeit bedarf, um durch Vertragsschlüsse, Erbschaftsantretung u. s. w. in Vermögensverhältnisse eintreten zu können, gleichviel dann, ob sie damit Activa erwirbt, oder sich mit Passiven belastet.

Einer besonderen Anerkennung der juristischen Persönlichkeit von Seiten der Staatsgewalt bedarf es nach österreichischem Rechte zur Entstehung der juristischen Person regelmäßig nicht[3]); denn der diesfalls maßgebende §. 26 b. G. B. erklärt das Erlaubtsein des Zweckes für genügend, und daß er auf alle juristischen Personen, nicht bloß auf die durch Corporationen ver-

---

39) Durch Art. 29 des Concord. v. 1855.

40) Keller §. 37.

41) §. 290 b. G. B. — Hervorzuheben ist endlich, daß juristische Personen auch Bevollmächtigte anderer, sowohl physischer als juristischer Personen sein können; das Vertretungsbefugniß wird dann von dem jedesmaligen Repräsentanten der bevollmächtigten juristischen Person ausgeübt (§. 1023 b. G. B.).

1) Für wesentlich hält das Vorhandensein des Vermögens Demelius in Dogm. Jahrbb. IV. S. 120.

2) Allerdings kann ein Verein juristische Persönlichkeit haben, auch bevor er ein Vermögen besitzt — er bedarf schon vorher der Vermögensfähigkeit. Um eine Schenkung annehmen zu können, muß eine vermögensfähige Person da sein; nimmt man juristische Persönlichkeit vor dem Vorhandensein eines Vermögens nicht an, so kann man die Möglichkeit der Annahme einer Schenkung nicht erklären. So Stobbe Handb. I. S. 317 Note 3.

3) Stobbe Handb. I. S. 338 hält diese Anerkennung für wesentlich. Aber vgl. Unger S. 339, 349.

Digitized by Google

tretenen zu beziehen ist, wurde bereits erwiesen. Den Begriff des Erlaubtseins präcisirt §. 26 näher dahin, daß unerlaubt alle Corporationen, Stiftungen und Anstalten sind, die entweder durch specielle politische Gesetze verboten sind (wie die geheimen Vereine, z. B. der Freimaurerorden) oder die offenbar der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerstreiten. Solchen Unternehmungen wird jede Rechtsfähigkeit abgesprochen (§. 26), und die ihnen gemachten Vermögenszuwendungen sind daher ebenso nichtig, wie die von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten.

Von dem Satze, daß es zur Entstehung juristischer Personen einer besonderen Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt nicht bedarf, besteht eine Ausnahme rücksichtlich der zum Zwecke von Schutz- und Regulirungsbauten, Ent- und Bewässerungsanlagen bestehenden sog. Wassergenossenschaften (Ges. v. 30. Mai 1869 R. G. B Nr. 93, §. 22)[4]), ferner rücksichtlich der seit dem 5. November 1855 neu entstandenen geistlichen Orden und Congregationen, bezüglich deren durch Min. Vdg. v. 13. Juni 1858 Nr. 95 R. G. B. bestimmt ist, daß sie, um als gesetzlich bestehend angesehen zu werden und die Erwerbsfähigkeit von Gütern und anderen Rechten zu erlangen, der speciellen Anerkennung von Seite der Staatsgewalt bedürfen.

Das Gleiche wurde auch rücksichtlich jener juristischen Personen behauptet, welche nach den bestehenden Gesetzen noch einer besonderen Concession bedürfen, wie dies der Fall ist bei Actienvereinen[5]), Sparcassen[6]), Leihanstalten[7]) und allen Stiftungen, da bei diesen eine sog. Acceptation der öffentlichen Gewalt vorgeschrieben ist[8]), indem man davon ausging, daß eine einer Concession bedürftige, aber noch nicht concessionirte Unternehmung als eine unzulässige zu erachten sei. Allein die Concession hat lediglich einen polizeilichen, nicht einen juristischen Zweck[9]), und involvirt namentlich nicht die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit; wird sie ertheilt, so wird damit bezeugt, daß der Zweck, den die juristische Person verfolgt, von allem Anfang an ein erlaubter war, und sie hat also rückwirkende Kraft. Daraus folgt, daß Vermögenszuwendungen, die an die juristische Person vor erfolgter Concession geschehen, von rechtlicher, wiewohl einstweilen nur bedingter Wirkung sind.[10])

---

4) „Die rechtliche Existenz einer Wassergenossenschaft für den öffentlichen und bürgerlichen Verkehr ist durch die Erlangung ihrer Anerkennung von Seite der zuständigen Verwaltungsbehörde bedingt". Was ist also Rechtens, wenn eine solche Wassergenossenschaft vor ihrer Anerkennung letztwillig bedacht wird? Ließe sich ihr Erbrecht nach §. 707 aufrecht erhalten?

5) H. G. B. Art. 208.

6) Regulativ v. 2. Sept. 1844 §. 4 (Hofkzld. d. 26. Sept. 1844 J. G. S. Nr. 832.).

7) Vereinsges. v. 20. Novemb. 1852 §. 2.

8) Verordn. v. 14. Juni 1760 und 7. Sept. 1841.

9) Unger S. 339 f. Puchta im Rechtslex. III. S. 77. Windscheid §. 60. Arndts §. 44, welcher Letztere, obwohl anerkennend, daß die Concessionirung etwas anderes ist, als die Verleihung der Corporationseigenschaft, dennoch behauptet, daß sie, wo sie vorgeschrieben ist, „zu den thatsächlichen Voraussetzungen der Erlaubtheit des Vereines, also auch seines Bestehens als juristische Person gehört".

10) Zu einem anderen Ergebniß würde die Auffassung von Arndts (vorige Note) führen — aber nach österr. R.

Digitized by Google

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß, wenn durch letztwillige Verfügung eine Stiftung erst ins Leben gerufen wird, dieselbe sofort mit dem Tode des Erblassers als juristische Person ins Leben tritt und somit auch sofort erbfähig ist.[11]) Würde sie erst von der Acceptation an, die regelmäßig erst nach dem Tode erfolgt, als rechtsfähig angesehen werden, so hätte dies (wegen §§. 545, 546 b. G. B.) nothwendig die Vereitlung der ganzen Stiftung zur Folge. —

B. Die juristische Person erlischt:

1) Mit dem Untergange des ihr gehörigen Vermögens.[12]) Das Vermögen ist aber so lange als vorhanden anzusehen, als es Vermögensrechte und Verbindlichkeiten der juristischen Person gibt, also auch dann noch, wenn die sämmtlichen Activbestände desselben zu Grunde gegangen sind, aber Passiva noch existiren, — denn auch diese setzen als Verbindlichkeiten ein Subject wesentlich voraus; ein Untergang der Passiva durch Unmöglichkeit der Erfüllung kann in dem bezeichneten Falle nicht behauptet werden, weil die Möglichkeit neuen Erwerbes immer besteht und im Falle eines solchen die Befriedigung aus dem neu Erworbenen ungezweifelt gefordert werden kann. — Als Untergang des Vermögens gilt auch die unentgeltliche Veräußerung desselben, während bei entgeltlicher Veräußerung das Entgelt an die Stelle der früheren Vermögensbestandtheile tritt.

2) Durch staatliche Aufhebung; denn dadurch hört die Erlaubtheit des Zweckes und damit ein wesentliches Merkmal juristischer Personen auf.[13])

Gewöhnlich bezeichnet man als einen Erlöschungsfall juristischer Personen bei Corporationen das Aufhören der Corporation durch den Tod[14]) oder das Austreten aller Mitglieder[15]) oder in Folge der Auflösung der Corporation durch Beschluß der Mitglieder oder Verfügung der Staatsgewalt. Dagegen ist aber in Betreff der Actienvereine schon erinnert worden, daß deren Auflösung den Untergang der juristischen Persönlichkeit nicht herbeiführen könne, weil auch nach derselben die Schulden des Vereins aufrecht verbleiben, was eine Fortdauer der bisherigen Persönlichkeit voraussetzt, und daß nach H. G. B. Art. 244 f. erst Liquidatoren zur Auseinandersetzung des Vermögens

---

wäre dieses Ergebniß sehr unrichtig. Vgl. auch Bekker Dogm. Jahrbb. XII. S. 117.

11) Entsch. G. H. 1861 Nr. 15 [= Sammlung III. Nr. 1055].

12) Vgl. Windscheid §. 61.

13) Savigny S. 279. Windscheid a. a. O.

14) Die meisten Romanisten verlangen auf Grund v. L. 7. §. 2 D. 3. 4 zur Fortdauer der Corporation nur das Uebrigbleiben Eines Mitgliedes. Vgl. Arndts §. 45, Keller §. 39, Haimberger I. S. 96, Savigny S. 280.

15) So die gemeinrechtliche Literatur bis auf Savigny (vgl. die Angaben bei Ihering dogm. Jahrb. X. S. 433), wobei das, was die Quellen vom Fall der Aufhebung einer juristischen Person durch den Staat festsetzen, ohne Weiteres auch auf den ihres Aussterbens übertragen wurde (siehe bei Ihering S. 434). Ihering selbst nimmt auch Erlöschung der Corporation an, weil die Mitglieder das eigentliche Subject seien, aber sie wache wieder auf, wenn sie wieder Mitglieder gefunden habe, mittlerweile bestehe der Rechtszweck und darum passive Wirkungen des Rechtes fort (S. 436, 440 f.). Vgl. noch Windscheid §. 61.

Digitized by Google

bestellt werden müssen, welche als bloße Stellvertreter doch Jemanden vertreten[16]); es kann daher eine solche Auflösung nicht als Erlöschung der juristischen Person, sondern nur als eine Aenderung des bisherigen Geschäftsbetriebes angesehen werden. Dies gilt nun nicht bloß für Actienvereine, sondern für Corporationen überhaupt, bei deren Auflösung sich noch ein Vermögen vorfindet; so lange ein solches vorhanden ist, muß auch die vorige juristische Persönlichkeit als fortdauernd angesehen werden, und somit ist es doch nur der Untergang des Vermögens, nicht der der Corporation, was die Erlöschung der juristischen Person nach sich zieht. Allerdings wird die Auflösung der Corporation in Fällen, wo ihr eine Personalservitut zusteht oder wo sie mit Dritten in einem Bevollmächtigungsverhältniß steht, regelmäßig die Wirkungen der §§. 529, 1023 nach sich ziehen, allein doch wohl nur darum, weil es im wahrscheinlichen Willen der betreffenden Constituenten liegt, welcher auch andere Erlöschungsfälle der erwähnten Rechtsverhältnisse hätte statuiren können. Da indeß die Auflösung einer Corporation immerhin zu den wichtigeren Angelegenheiten derselben gehört und somit nicht in den Wirkungskreis ihrer gewöhnlichen Vertretung fällt, so wird zur Giltigkeit eines darauf gerichteten Beschlusses bei Privatcorporationen die Zustimmung der Generalversammlung, bei öffentlichen Corporationen auch jene der Verwaltungsbehörden erfordert.[17])

Hieran schließt sich die Frage, welchen Einfluß die Vereinigung der Vermögensmassen mehrerer juristischen Personen in eine, oder umgekehrt die Theilung einer Corporation oder Stiftung in mehrere auf den Fortbestand der juristischen Person übe.

Die Vereinigung ist entweder eine nur administrative, oder eine juristische. Die erstere liegt schon da vor, wo die zu vereinigenden Vermögensmassen unter eine gemeinsame Verwaltung gestellt und einem gemeinsamen Zwecke unterworfen werden, wie z. B. bei der Incorporirung einer kleineren Ortsgemeinde in eine größere. Dies bewirkt jedoch noch nicht die Aufhebung der der einen Gemeinde gegenüber der anderen zustehenden Schuldforderungen und Servituten; vielmehr können wegen solcher Rechtsverhältnisse nach wie vor zwischen den nunmehrigen Fractionen der neuen Gemeinde Rechtsstreitigkeiten entstehen, und schon hieraus ergibt sich, daß noch immer zwei selbständige juristische Personen existiren. Erst wenn die Theile der neuen Gemeinde keine anderen als gemeinsame Vermögensrechte und Verbindlichkeiten haben, also ihr Vermögen in eine juristisch homogene Masse verschmolzen ist, liegt eine juristische Vereinigung vor; sie enthält eine wahre Vermögenssuccession und ist der Beerbung zweier verschiedener

16) Vgl. Witte Erört. zum Rechte der Actienvereine in Goldschmidts Zeitschr. VIII bes. S. 18.

17) Vgl. Sparkassenregul. §. 33, wo die a. h. Genehmigung erfordert wird; Ges. v. 30. Mai 1869 §. 24, wonach die Auflösung von Wassergenossenschaften „nach Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegen dritte Personen durch absolute Stimmenmehrheit erfolgen" kann; einer behördlichen Zustimmung bedarf es also nicht, was auch consequent ist, da solche Genossenschaften auch nur durch freie Uebereinkunft oder auf Grund von Mehrheitsbeschlüssen ins Leben gerufen werden (§. 20 ebda).

Digitized by Google

Personen durch eine dritte zu vergleichen und nach Analogie einer solchen zu beurtheilen. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß im Falle der administrativen Vereinigung mehrerer Ortsgemeinden Forderungen, die bis dahin gegen eine einzelne dieser Gemeinden bestanden, nach wie vor geltend gemacht werden können, wenn auch nur gegen die gemeinsame Gemeindevertretung, und daß zur Berichtigung solcher Schulden nur das Vermögen der betreffenden incorporirten Gemeinde verwendet werden darf, nicht aber das Vermögen der ganzen (neuen) Gemeinde haftet; damit aber ist von selbst gegeben, daß, so lange solche separate Passiven bestehen, das beiderseitige Vermögen auch in der Verwaltung erkennbar abgesondert bleiben muß.[18])

Wird umgekehrt eine Corporation oder Stiftung in mehrere getheilt, z. B. eine in einer Gemeinde liegende Ortschaft zur selbständigen Gemeinde erhoben, so wird hierdurch an der juristischen Persönlichkeit jener Corporation oder Stiftung, aus welcher ein Theil ausgeschieden wurde, nichts geändert. Den bisherigen Gläubigern haften nun die einzelnen abgetheilten Vermögensmassen, wie vordem, wo sie nur Ein Vermögen waren, und es steht diesen Gläubigern frei, zu wählen, aus welcher Vermögensmasse sie ihre Befriedigung holen wollen. Die durch die Theilung neu entstandene juristische Person wird also zum solidarischen Mitschuldner. Dies hört erst mit der Befriedigung der früheren Gläubiger, oder durch die mit ihrer Einwilligung vorgenommene Theilung der Passiva auf.

Wird endlich von einer Corporation oder Stiftung ein Theil ausgeschieden und mit einer anderen vereinigt, so kommt vor Allem die Ausscheidung als Theilung in Betracht, und es gelten die dafür angegebenen Grundsätze: Der ausgeschiedene Theil gilt als selbständige juristische Person so lange, als nicht die vollständige Gleichförmigkeit der Vermögensverhältnisse zwischen dem zu incorporirenden Theile und jener juristischen Person, mit welcher er vereinigt wurde, hergestellt worden ist, wo dann die vollzogene juristische Vereinigung der beiden Vermögensmassen einfach als Vermögenszuwachs der früheren Corporation oder Stiftung aufzufassen ist.[19])

Mit der Frage nach der Erlöschung juristischer Personen verbindet man meist auch die Frage um das Schicksal ihres Vermögens. Da juristische Personen nur durch Untergang ihres Vermögens oder staatliches Verbot erlöschen, indem Aussterben der Mitglieder einer Corporation, Vereinigung mit einer anderen und Theilung nicht Erlöschungsfälle enthalten, so bedarf die Frage einer Antwort nur im Falle staatlicher Aufhebung.

Für einzelne solche Fälle bestehen gesetzliche Bestimmungen; so, wenn eine Sparcasse oder eine Innung aufgelöst wird; im ersten Falle sind[20])

---

18) So bestimmt auch H. G. B. Art. 247 für den Fall der Vereinigung mehrerer Actiengesellschaften in Eine; übereinstimmend setzt die Gew. O. v. 20. Dec. 1859 §. 130 fest, daß im Falle der Vereinigung mehrerer Innungen den zur Zeit der Vereinigung vorhandenen Mitgliedern und Angehörigen dieser Innungen die von ihnen bereits erworbenen Vortheile gesichert bleiben. Vgl. Bekker dogm. Jahrb. XII. S. 127.

19) Vgl. Entsch. G. Z. 1865 Nr. 47 [= Sammlung V. Nr. 2093], Bekker S. 125 f.

20) Sparkassenregulativ v. 1844 §. 33.

Digitized by Google

die reinen Activen zu wohlthätigen und gemeinnützigen Localzwecken zu verwenden, im letzteren[21]) der Gemeinde, in welcher die Innung ihren Sitz hatte, zuzuwenden, vorbehaltlich der Rechte der gewesenen Mitglieder und Angehörigen der Innung, insoweit sie bei Auflösung der letzteren bestanden. Daraus folgt, daß die so oft vertretene Behauptung, es falle das Vermögen der aufgehobenen juristischen Personen nach Analogie des §. 760 b. G. B. als bonum vacans an den Staat[22]), in dieser Allgemeinheit unrichtig ist.[23]) Vielmehr ergibt die Analogie der angeführten Gesetze und des §. 710 b. G. B., daß das der aufgehobenen juristischen Person gehörig gewesene Vermögen möglichst dem bisherigen Zwecke erhalten bleiben, und wo dies nicht möglich ist, einem ähnlichen Zwecke gewidmet werden soll. Danach wird es also an jenes staatliche Organ übergehen, welches mit der Realisirung des betreffenden Zweckes betraut ist, also an die Gemeinde, das Land, den Staat, — jedoch nicht zur beliebigen Verfügung, sondern belastet mit der Auflage der Realisirung des betreffenden Zweckes. So wurde auch unter Kaiser Joseph II. das Vermögen der aufgehobenen Klöster nicht zum allgemeinen Staatsvermögen geschlagen, sondern daraus in jeder Provinz ein Religions- und ein Studienfond gebildet, welche die Dotirung der für religiöse und Unterrichtszwecke bestehenden Anstalten zum Zwecke haben.

Wäre der bisherige Zweck der juristischen Person auch nicht annähernd erreichbar, dann kann der Staat entweder die Vertheilung des Vermögens unter die Mitglieder oder dessen Verwendung ganz allgemein zu wohlthätigen Zwecken anordnen und es im letzteren Falle einem zu diesem Zwecke bereits bestehenden Staatsfond einverleiben. Doch bleibt in Fällen dieser Art auch Jenen, denen die Corporation oder Stiftung das Vermögen ursprünglich zu verdanken hat, das Rückforderungsrecht frei (§. 1435)[24]); vorausgesetzt wird aber, daß der Zweck nicht schon ursprünglich ein unerlaubter war, wo dann das Rückforderungsrecht entfällt (§. 1174).[25])

---

21) Gewerbeordnung v. 1859 §. 130.

22) Puchta Rechtslexikon S. 73 f., Haimberger I. S. 97, Arndts §. 45, selbst Unger S. 346, 352. Nach Holzschuher S. 267, 274, ist bei sog. Privatgemeinheiten z. B. einer Zunft, das Vermögen unter die letzten Mitglieder zu vertheilen, bei öffentlichen Corporationen und bei Stiftungen soll es an den Staat fallen; nach Windscheid §. 62 soll, wenn die juristische Person vor ihrer Aufhebung einen giltigen Beschluß über das Schicksal ihres Vermögens gefaßt hat, dieser in Ausführung gebracht werden, sonst falle das Vermögen als herrenlos an den Staat. — Nach einer Entsch. G. H. 1870 Nr. 27 [= Sammlung VIII. Nr. 3752] soll nach Auflösung eines Vereins durch die Administrativbehörde die Concurseröffnung über denselben nicht mehr zulässig sein, weil die Person nicht mehr existire, über die der Concurs eröffnet werden könnte (! Vgl. aber §. 50 des Protokoll. Gesetzes v. 20. Jänner 1855 Nr. 13). — Durch Decret der rumänischen Regierung vom 15. Decemb. 1868 wurde das Vermögen der in Rumänien gelegenen Klöster für Staatseigenthum erklärt; dieselben besaßen auch Güter und Gutsantheile in der Bukowina; mit Fin. Min. Erl. vom 17. Sept. 1869 Z. 28549 wurde die Finanzprokuratur in Czernowitz beauftragt, die Eigenthumsrechte des Aerars auf diese Güter geltend zu machen (Sog. droit d'épave oben §. 73 Note 3).

23) Keller §. 39, Bekker S. 124 f.

24) Vgl. auch L. 1 pr. D. 47. 22.

25) In Graz wurden im J. 1870 Beiträge zur Errichtung einer confessionslosen Schule gesammelt und eine Summe von 1124 fl. 28 kr. zusammen gebracht.

Digitized by Google

Das Gesagte gilt jedoch nicht für Actienvereine, bei welchen im Falle ihrer Auflösung das reine Activvermögen unter die Mitglieder zu vertheilen ist.

Ist in den Statuten der juristischen Person bestimmt, was im Falle ihrer Erlöschung mit dem Vermögen geschehen soll, so ist dies maßgebend; ebenso, wenn ein Verein, dem statutarisch das freie Verfügungsrecht über sein Vermögen zusteht, vor seiner Auflösung über dessen Schicksal verfügt hat; doch kann ein solcher Beschluß nicht nach den Grundsätzen über letztwillige Erklärungen, sondern nur nach jenen über Verträge beurtheilt werden, weshalb von Seite jener Anstalt, der das Vermögen zugewendet wird, auch eine Annahmserklärung abgegeben werden muß.

Die bisher angeführten Grundsätze gelten nicht, wenn eine Corporation nicht wegen Unerlaubtheit ihres Zweckes, sondern aus anderen Gründen (z. B. wegen Renitenz gegen die Anordnungen der Behörden) aufgelöst wird. Hier muß das Vermögen seinem bisherigen Zwecke erhalten werden, und demselben nur eine andere Administration gegeben werden. In diesem Falle liegt auch nicht die Erlöschung einer juristischen Person, sondern nur eine Aenderung im Vertretungsorgan vor.

Wird das Vermögen einer aufgelösten juristischen Person einem bestimmten Fonde zugewiesen, so übernimmt derselbe nach dem Begriff der Successsion in ein ganzes Vermögen auch die darauf haftenden Schulden. Wird es aber nach Anordnung der Staatsgewalt oder nach der Natur der Corporation unter deren Mitglieder vertheilt, und es kommen nachträglich Schulden hervor, so können, da hier nur eine Singularsuccession vorliegt, die Gläubiger die einzelnen betheilten Mitglieder nur nach den Grundsätzen über die Bereicherung mit fremdem Schaden (speciell mit der Klage de in rem verso utilis §. 1041 b. G. B.) in Anspruch nehmen.[26])

§. 86. Das öffentliche Gut (res publicae).

Die Vermögensobjecte des Staates zerfallen in Beziehung auf ihren Zweck in zwei Classen. Entweder sind sie dem allgemeinen Gebrauche gewidmet, wie die Landstraßen[1]), Ströme, Flüsse, Seehäfen[2]) und Meeresufer[3]); — oder die Sachen und Rechte des Staates sollen lediglich das erforderliche Staatseinkommen abwerfen, wie die Staatsdomänen (Kammer-

---

Die weitere Sammlung, sowie die Errichtung der Schule wurde von der Regierung verboten. Es entstand die Frage, was mit dem gesammelten Gelde zu geschehen habe. Die Rückstellung an die Geber war zum Theile unmöglich, da viele Beiträge anonym gegeben worden waren, auch wurde das Vorhandensein eines Rückforderungsrechts mit Bezug auf §. 1174 bestritten. Auf Anordnung der Regierung hat sonach der Grazer Gemeinderath die Summe für verfallen erklärt, und deren Verwendung zu Schulzwecken im Allgemeinen angeordnet.

26) Vgl. den Rechtsfall Nr. IV in Ihering's Sammlung.

1) Auch L. 2 §§. 21, 22 D. 43, 8 nennt die viae praetoriae viae publicae.

2) Vgl. §. 2. J. 2. 1, L. 4 §. 1. D. 1. 8.

3) Vgl. §. 5. J. 2. 1.

Digitized by Google

güter), Staatsbergwerke, die verschiedenartigen Regalien, die directen und indirecten Steuern. Die ersteren heißen Staats- oder öffentliches Gut im engeren Sinne (res publicae, quae sunt in usu publico), die letzteren Staatsvermögen (res, quae sunt in pecunia populi, patrimonium populi[4]), Fiscaleigenthum[5]), Privateigenthum des Fiscus[6]), §. 287). In gleicher Weise bilden die zum allgemeinen Gebrauche der Gemeindeglieder dienenden Sachen einer Gemeinde (wie die Gemeindewege[7]), öffentlichen Plätze[8]), Brunnen, Wasserleitungen u. s. w.)[9]) das Gemeindegut (res universitatis, communia civitatum), jene Vermögensobjecte der Gemeinde hingegen, deren Einkommen in die Gemeindecasse fließt, (wie die Gemeindehäuser, Gemeindegrundstücke, Capitalien der Gemeinde u. s. w.) das Gemeindevermögen (patrimonium universitatis, §. 288). Das Staats- und das Gemeindegut zusammen werden auch öffentliches Gut (res publicae) im weiteren Sinne (in §. 287[10]) wird der Ausdruck im engeren Sinne gebraucht) genannt. Dieses öffentliche Gut gilt nun nach röm. Recht als extracommercial, indem z. B. rücksichtlich der öffentlichen Wege und Flüsse angenommen wird, daß sie in Niemandes Eigenthum stehen, auch von Niemandem in Besitz genommen werden können, daß dagegen deren Gebrauch Jedermann gestattet ist.

Nach österr. Recht sind öffentliche Wege (im Gegensatz zu Privatwegen) Eigenthum des Staates oder der Gemeinde, je nachdem sie Landstraßen oder Gemeindewege sind; dies beweist der Umstand, daß der dazu erforderliche Grund und Boden vom Staate oder der Gemeinde nach den gewöhnlichen Grundsätzen erworben werden muß, und daß, wenn sie aufgelassen und veräußert werden, das Entgelt in die Staats- oder Gemeindecasse fließt. Sie sind also nicht außer Verkehr; wohl aber bedingt der Umstand, daß sie aus öffentlichen Rücksichten dem allgemeinen Gebrauche erhalten bleiben müssen, eine Beschränkung desselben.[11]) Darum unterliegen sie nicht der Pfändung oder dem executiven Verkaufe[12]); eine freiwillige Veräußerung der als entbehrlich erachteten Wege oder Straßenstrecken durch die dazu competente Gemeinde- oder Staatsbehörde unterliegt hingegen keinem rechtlichen Anstand.

Aus dem Eigenthum des Staates oder der Gemeinde an den öffentlichen Wegen folgt, daß auch die Accessionen derselben (Bäume, Pflanzen, Gebäude, Alluvionen u. s. w.) dem Staate oder der Gemeinde gehören. Es gehört jedoch nicht zum Wesen eines öffentlichen Weges, daß auch der Weg- oder Straßenboden dem Staate gehöre; öffentliche Wege können auch als auf

4) L. 6. pr. D. de C. E. 18. 1.
5) Keller §. 48.
6) Gerber §. 62. Ihering Beitr. z. L. v. Besitz S. 129 f. behauptet freilich, an res publ. bestehe nur Hoheitsrecht, nicht Eigenthum.
7) Vgl. L. 2 §. 22 D. 43. 8, L. 3 pr. D. 43. 7.
8) L. 6 pr. D. 18. 1.
9) §. 6 J. 2. 1: „. . . . theatra, stadia et si qua alia sunt communia civitatum".
10) Vgl. §§. 290, 1472 b. G. B.
11) Ungenau ist es daher, wenn Unger I S. 369 behauptet, Staats- und Gemeindegut sei dem Verkehr gar nicht entzogen.
12) Bekker dogm. Jahrbb. XII S. 99.

Digitized by Google

fremdem Grund und Boden haftende Servituten vorkommen[13]), in welchem Falle sie nicht als Sachen, sondern als dem gemeinen Gebrauche dienende Privatrechte des Staates oder der Gemeinde anzusehen sind (res privata usui publico destinata). In diesem Falle gehören auch die Accessionen des Grundstücks dem Eigenthümer desselben.

Ueber die Erwerbung der öffentlichen Wege und der sonstigen dem Staate oder Gemeinden gehörigen Güter und Vermögenschaften, ferner über die Veräußerung und die rechtlichen Schutzmittel zu deren Erhaltung gelten in der Regel die gewöhnlichen privatrechtlichen Grundsätze (§. 290 b. G. B.); die Erwerbung und Uebertragung erfolgt also nach Verschiedenheit des Objectes durch Tradition, Intabulation, Vertrag, Ersitzung u. s. w., und es sind die gewöhnlichen petitorischen und possessorischen Schutzmittel anwendbar. Jedoch bestehen auch Abweichungen, indem z. B. der Staat oder die Gemeinde als Eigenthümer des erworbenen Straßenbodens nicht in das öffentliche Buch eingetragen zu werden pflegen, und zum Schutze des öffentlichen Gutes, wo es das öffentliche Interesse erheischt, nicht die gerichtliche, sondern die Administrativbehörde[14]) einschreitet. Als Eigenthümlichkeit hinsichtlich des Besitzerwerbes und der Ersitzung der öffentlichen Gemeindewege ist zu erwähnen, daß hier der Besitz nicht wie sonst in Handlungen der Gemeinderepräsentanz, sondern in dem factischen Gebrauche durch die Gemeindebewohner besteht[15]); denn der Besitz als Thatsächlichkeit des Rechtes muß sich in jener Weise manifestiren, wie das Recht selbst. Unter dieser Voraussetzung können Gemeindewege, als auf fremdem Grunde haftende Servituten selbst dann ersessen werden, wenn das Grundstück außerhalb der Gemeindegemarkung[16]) liegt; bis zum Ablauf der Ersitzung genießt die Gemeinde gegen eigenmächtige Störungen den possessorischen Schutz.[17])

Abgesehen von diesen Eigenthümlichkeiten gelten noch besondere hinsichtlich der Benutzung und Verwaltung der dem Staate oder einer Gemeinde gehörigen Güter und Vermögenschaften (insbesondere auch des Straßenwesens), die aber in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht gehören

13) Gerber §. 62. Nur von viae praetoriae verlangt L. 2. §. 21 D. 43. 8, daß auch ihr solum publicum sei, arg. L. 3. pr. D. 43. 7. Vgl. auch §. 8 des Reichswassergesetzes v. 30. Mai 1869. Der Uferbesitzer muß den Leinpfad längs der Ufer schiffbarer Flüsse in der Regel unentgeltlich dulden.

14) Verwaltungsztschr. 1868 Nr. 3, G. Z. 1870 Nr. 17 [= Sammlung VIII. Nr. 3610].

15) Entsch. G. Z. 1858 Nr. 129, 130 [= Riehl I. S. 553 f.]. Anders, wenn die Gemeinde einen Privatweg hat z. B. zur Bestellung ihrer Grundstücke; dessen Besitz wird nicht durch Benutzung seitens des Publikums geübt.

16) So kann ein außer der Gemarkung einer Stadt dem lustwandelnden Publikum geöffneter Park zu einer res publica werden. — Jedenfalls kann ein Wegerecht auch dadurch geübt werden, daß man andere Leute zu sich kommen läßt (§. 492 b. G. B.); eine juristische Person z. B. ein Kloster, das gewiß eine servitus itineris besitzen kann, kann ein Wegerecht gar nicht anders ausüben; so ist auch die Gemeinde Besitzerin der Wege, auf denen sie in ihrem Interesse gehen läßt, und es gehört also zum Inhalt des Wegerechtes nicht wesentlich die Befugniß, selbst zu gehen, sondern nur, daß im Interesse des Berechtigten auf dem Wege gegangen werden dürfe.

17) Vgl. Entsch. G. H. 1863 Nr. 52 [= Sammlung IV. Nr. 1675].

Digitized by Google

(§. 290). Nicht das Gleiche gilt von dem Vermögen des Landesfürsten, das er nicht in seiner Eigenschaft als Oberhaupt des Staates[18]) besitzt, (also von seinem Privatvermögen); dieses wird nämlich als Privatgut betrachtet (§. 289)[19]), und Verfügungen über dasselbe unterliegen den gewöhnlichen privatrechtlichen Bestimmungen (§. 20 b. G. B.).[20])

Zu dem öffentlichen Gute rechnet man auch die öffentlichen Gewässer (flumina publica)[21]), weil sie, wie die öffentlichen Wege zur allgemeinen Benutzung dienen sollen.[22]) Nach römischem Rechte rechnet man dahin alle immer fließenden Gewässer (flumina perennia), während die übrigen als Privatgewässer (flumina privata) und sohin als im Verkehr befindliche Eigenthumsobjecte[23]) betrachtet wurden.[24]) Nach deutschem Rechte gelten nur die schiffbaren und die floßbaren Gewässer, weil sie des Reiches Straßen sind, als öffentlich.[25]) Das österreichische Recht nähert sich mit den im Reichswasserrechtsgesetze vom 30. Mai 1869 Nr. 93 R. G. B. und den bezüglichen Landeswasserrechtsgesetzen ausgesprochenen Bestimmungen mehr der römisch-rechtlichen Anschauung. Darnach gelten als öffentliche Gewässer und somit als öffentliches Gut:

a) Jene Flüsse, sammt ihren Seitenarmen, auf denen Schiffahrt oder Floßfahrt betrieben wird, und zwar von da an, wo dieser Betrieb beginnt (§. 2 W. G.). Die bloße Schiffbarkeit oder Floßbarkeit genügt also nicht[26]), berechtigt aber, wenn ein solches Gewässer Privatgewässer ist, zur Umwandlung in ein öffentliches Gewässer im Wege der Expropriation (§. 6 W. G.); außerdem gelten auch

---

18) In §§. 1456, 1457 und der zweiten Hälfte des §. 20 b. G. B. wird von Rechten, die dem „Staatsoberhaupte als solchem zukommen", gesprochen.

19) Es genießt also auch nicht der Begünstigung der außerordentlichen Ersitzung und Verjährung, da im §. 1472 der §. 289 offenbar nur citirt wird, um daran zu erinnern, daß das Privatvermögen des Landesfürsten nicht zu den Staatsgütern und nicht zum Staatsvermögen gezählt werden darf; vgl. Zeiller ad §. 1472 Nr. 6.

20) Doch behauptet Unger I. S. 366 f., daß die Güter des Monarchen insofern außer Verkehr stehen, als man diesen Ausdruck auch von Sachen gebraucht, welche aus factischen Gründen nicht an Andere überzugehen pflegen. Darum soll das Legat z. B. des Lustschlosses Schönbrunn, in dem Testament eines Privaten enthalten, nicht nach §. 662 b. G. B. zu behandeln sein.

21) Die Literatur des Wasserrechts s. im Rechtslex. XIV. S. 86, die neuere bei Lemayer G. Z. 1869 Nr. 42; vgl. bes. Schenk zur Wasserrechtsfrage 1860, Jicinsky das künftige Wasserrechtsgesetz f. Oesterreich in Haimerl's V. J. Schr. XVIII. S. 268 ff., Stein ebenda S. 227 ff., Lemayer G. Z. 1869 Nr. 42 f., Randa pravo olattnicke (2. Aufl.).

22) Freilich heißt es von den Gewässern, deren §. 3 W. G. gedenkt, nur, daß sie öffentliches Gut sind; ob jedes Gewässer, welches öffentliches Gut ist, ein öffentliches Gewässer ist, ist im Gesetze nicht gesagt, wie man denn geflissentlich eine Definition der öffentlichen und Privatgewässer vermieden hat; Kißling die Regulirung der Wasserbezugsrechte S. 20, der seinerseits S. 24 die Frage bejaht; ebenso Randa S. 28.

23) „Nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum."

24) Wappaeus a. a. O. S. 19 f., wo auch der Nachweis geliefert wird, daß Bäche (rivi) nach röm. R. keineswegs zu den Privatgewässern gerechnet wurden.

25) Mittermaier §. 222, Gerber §. 63.

26) Randa S. 26 Note 7.

Digitized by Google

b) die übrigen Gewässer soweit als öffentliches Gut, als sie nicht kraft Gesetzes oder eines besonderen Privatrechtstitels Jemandem zugehören (§. 3 W. G.).[27]) Kraft Gesetzes gehören folgende Gewässer dem Grundbesitzer und sind also Privatgewässer:

1) das in seinen Grundstücken enthaltene unterirdische und aus denselben zu Tage quellende Wasser, mit Ausnahme der dem Salzmonopol unterliegenden Salzquellen und der zum Bergregal gehörigen Cementwässer;

2) die sich auf seinen Grundstücken aus atmosphärischen Niederschlägen ansammelnden Wässer;

3) das in Brunnen, Teichen, Cisternen oder anderen auf Grund und Boden des Grundbesitzers befindlichen Behältern oder in von demselben zu seinen Privatzwecken angelegten Canälen, Röhren u. s. w.[28]) eingeschlossene Wasser;

4) die Abflüsse aus den vorgenannten Gewässern, so lange sich erstere in ein fremdes Privat- oder in ein öffentliches Gewässer nicht ergossen und das Eigenthum des Grundbesitzers nicht verlassen haben (§. 4 W. G.).[29]) Kraft Privatrechtstitels kann ein in diesen vier Punkten nicht genanntes und somit (nach §. 3 W. G.) als öffentliches in Anspruch genommenes Gewässer Jemanden zugehören, also Privatgewässer sein, weil er es z. B. seit unvordenklicher Zeit oder durch die gesetzliche Ersitzungszeit ausschließlich benutzt hat.[30])

Der praktische Unterschied zwischen öffentlichen und Privatgewässern besteht nach österr. Recht nicht, wie nach römischem, in der allgemeinen Benutzbarkeit der ersteren — denn die sog. kleinen Wassernutzungen (als: das Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen und Schöpfen) sind nicht nur in öffentlichen, sondern auch in den fließenden Privatgewässern Jedermann soweit gestattet, als dies mit Benutzung der dazu erlaubten Zugänge statt-

---

27) Damit ist eine Vermuthung für die Oeffentlichkeit derjenigen Gewässer aufgestellt, welche im §. 4 des W. G. nicht genannt sind. Randa S. 26, vgl. auch Kißling S. 20. Ist Jemand im Besitze eines Wasserbezugsrechtes, so kann ihm diese Vermuthung nicht schaden, sondern die Oeffentlichkeit des Gewässers muß gegen ihn erwiesen werden. Dies dürfte der Sinn sein von §. 3 i. f. W. G.: „Die den Besitz schützenden Vorschriften des a. b. G. B. werden hiedurch nicht berührt". Das Spr. Rep. Nr. 32 (G. Z. 1872 Nr. 104) und das Jud. B. Nr. 86 (G. Z. 1874 Nr. 13) [= Samml. X. Nr. 4806, XII. Nr. 5239] interpretiren diese Bestimmung dahin, daß damit die Frage, ob Besitzstreitigkeiten vor den Gerichten auszutragen seien (mit Hinsicht auf §. 75 W. G.) unberührt bleibe, indem nur die im ersten Absatze beigefügte Ausnahme auch auf den nach dem b. G. B. zu schützenden Besitz ausgedehnt werde; d. h. also wohl: Soweit das Gewässer Jemanden zugehören kann, ist es auch Gegenstand des gerichtlichen Besitzesschutzes?

28) Rißmann das Wasserrecht nach gem. und sächs. Rechte S. 1, 25, 26 meint ebenfalls, das in (zu Privatzwecken angelegten) Röhren oder Canälen gefaßte Wasser sei (durch Occupation entstandenes) Privateigenthum, und es könne daran ein Diebstahl begangen werden. A. M. Wappäus S. 85.

29) Diese Bestimmungen sind im Wesentlichen übereinstimmend mit einem sächsischen Wassergesetzentwurf v. 1845; Rißmann S. 2.

30) Wappäus S. 80.

Digitized by Google

finden kann (§§. 15, 16 böhm. W. G. v. 28. Aug. 1870) — sondern der Hauptunterschied liegt in jenen Nutzungen, welche den gleichen Gebrauch Anderer ausschließen, wohin z. B. die Ableitung des Wassers zur Bewässerung der Wiesen, zum Betrieb von Mühlen, Fabriken u. dergl. gehört. Bei einem Privatgewässer kommen diese Benutzungsarten demjenigen, dem das Gewässer zugehört, ausschließlich zu (§. 10 W. G.) und sie können von ihm in der Regel (§§. 17, 42 W. G.) ohne besondere behördliche Bewilligung ins Werk gesetzt werden. Die beiderseitigen Ufereigenthümer eines fließenden Privatgewässers haben im Zweifel jeder den Anspruch auf Benutzung der Hälfte der vorüberfließenden Wassermenge (§§. 14, 5[31]) W. G.). Bei öffentlichen Gewässern ist hingegen jede die gleiche Concurrenz Anderer ausschließende Benutzungsart an die Bewilligung der politischen Behörde gebunden (§. 17 böhm. W. G.), welche vermöge des Oberaufsichtsrechtes des Staates die Gesammtheit gegen die Ansprüche Einzelner an der Wasserbenutzung zu vertreten hat, und daher auch ausschließlich zu solchen Concessionsertheilungen berufen ist.[32])

Ein fernerer Unterschied ist, daß in öffentlichen Gewässern (nicht auch in privaten) die Gewinnung von Pflanzen, Schlamm, Erde, Sand, Schotter, Steinen und Eis Jedermann zusteht, insoweit weder der Wasserlauf und die Ufer gefährdet, noch ein fremdes Recht verletzt, noch Jemanden ein Schade zugefügt wird (§. 15 böhm. W. G.).[33]) Hieraus folgt, daß das Wasserbett öffentlicher Gewässer in Niemandes Eigenthum steht[34]), daher es auch, nachdem es vom Wasser verlassen wurde, nicht ipso jure, sondern durch Occupation den Anrainern zufällt (§. 410 mit §. 407 b. G. B.). Bei Privatgewässern hingegen gehört das Bett als Fortsetzung des Grundstücks dem Grundeigenthümer[35]); denn die Berechtigung zur beliebigen Zueignung der erwähnten Bestandtheile des Flußbettes fehlt hier (§. 16 mit §. 15 böhm. W. G.).

Daß Flüsse und überhaupt die fließenden Gewässer kein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, geht aus demjenigen hervor, was oben vom fließenden Wasser gesagt worden ist.[36]) Aber auch der öffentliche Gebrauch

---

31) Wie Randa S. 27 bemerkt, gilt §. 5 W. G. nur, wenn es bewiesen ist, daß ein Gewässer ein Privatgewässer ist, aber zweifelhaft bleibt, wem es gehört.

32) Wappäus S. 79 und Wielandt a. a. O. (Verwaltungszeitschr. v. 1870 Nr. 18) Lemayer G. Z. 1869 Nr. 42. Vgl. Mühlordnung v. 1. Dec. 1814 §. 1, V. v. 19. Jänner 1853, Nr. 10 Beil. B. §§. 25, 32, Forstges. v. 3. Dec. 1852 §. 26, Gew. O. v. 20. Dec. 1859 §. 33 u. s. w.

33) Vgl. Entsch. G. H. 1868 Nr. 37 [nicht in den Sammlungen] betreffend die Berechtigung zum Sandgraben im Flußbett der Weichsel.

34) Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes; Wappaeus S. 84, Randa S. 29 f., a. M. Puchta §. 35, Arndts §. 49, Unger I. S. 365. Lemayer bezeichnet das Bett eines öffentlichen Flusses als fiscalisch (Nr. 42). Vgl. Entsch. G. Z. 1860 Nr. 152—156, G. H. 1865 Nr. 31 [= Sammlung III. Nr. 1194, IV. Nr. 1873].

35) Lemayer a. a. O. Nr. 42. Auch das Eis gehört da ausschließlich dem betreffenden Grundbesitzer.

36) Doch sind die Meinungen noch immer getheilt: vgl. die in Note 21 Angeführten; Stein z. B. bezeichnet das fließende Wasser als Gegenstand des

Digitized by Google

derselben ist kein Privatrecht am fließenden Wasser[37]), sondern eine freie Handlung, deren Regelung vermöge des dem Staate zustehenden Oberaufsichtsrechtes den Administrativbehörden zukommt. Dies gilt nicht nur von den Jedermann zustehenden kleinen Nutzungen, sondern auch von denjenigen, welche Jemandem am fließenden Wasser nur kraft behördlicher Concession oder darum, weil ihm ein „Gewässer zugehört", (also ausschließlich) zustehen, da sich die Natur einer Berechtigung dadurch nicht ändern kann, daß sie nur vermöge behördlicher Bewilligung genossen werden darf.[38]) Wird also über Nutzungsrechte gestritten, welche der Einzelne durch unbeanstandete Benutzung des Wassers zu besonderen Zwecken erworben hat, so besteht in der That ein Streit zwischen dem Einzelnen und der die Unbeschränktheit behauptenden Allgemeinheit, dem Publikum, und es kann also nur die das letztere vertretende Behörde, die Verwaltungsbehörde competent sein.[39]) So bestimmt auch das W. G. §. 75. Zwar lassen sich auch solche Nutzungsrechte durch Rechtsgeschäfte aller Art veräußern (§. 10 W. G.), sowie sie auch Gegenstand der Expropriation und Entschädigungsverhandlung werden können (§§. 6, 15, 16 W. G.) — und über die Rechtsbeständigkeit solcher Rechtsgeschäfte wird allerdings der Richter zu erkennen haben (§§. 87, 88, 94 W. G.); hiedurch werden die fraglichen Nutzungsrechte jedoch nicht in Privatrechte umgewandelt.[40])

Um die Bestimmung des fließenden Wassers zum allgemeinen Gebrauche zu sichern, bestimmt §. 413 b. G. B., daß, obwohl im Allgemeinen jeder Grundbesitzer berechtigt ist, sein Ufer gegen das Ausreißen des Flusses zu befestigen, doch Niemand solche Werke oder Pflanzungen anlegen darf, wodurch der ordentliche Lauf des Flusses geändert[41]), oder der Schiffahrt[42]), den Mühlen[43]), der Fischerei[44]) oder anderen fremden Rechten ein Schade zugefügt würde, und daß zu allen derlei Anlagen und Regulirungsbauten

---

„öffentlichen Eigenthums", von welchem er das „Privateigenthum" (S. 234 f.) unterscheidet. Der in der Regierungsvorlage des W. R. Gesetzes vorkommende Ausdruck „Eigenthum an fließendem Wasser" wurde vom Abgeordnetenhause gestrichen, dafür aber der Ausdruck, daß das Wasser Jemanden „zugehöre", substituirt. Lemayer (Nr. 44) meint, auch dieser Ausdruck weise wieder auf ein Eigenthum hin. Es scheint jedoch, daß der Ausdruck „zugehört" statt „gehört" mit Bezug auf §. 5 W. G., wonach Privatgewässer als „Zugehör" des betreffenden Grundstückes anzusehen sind, gewählt worden sei (vgl. jedoch die Unterlassungsverbindlichkeiten in §. 10—12 W. G.), und die ältere Doctrin befaßt unter Zugehör bekanntlich auch die sog. Realrechte; dies sind aber die Wasserbenutzungsrechte allerdings in gewisser Beziehung (s. die Lehre vom Nachbarrecht).

37) Wappäus S. 79.

38) A. M. Wappäus S. 80, welcher in diesem Falle ein wirkliches Privatrecht annimmt.

39) Eigentlich ein Verwaltungsgerichtshof, Wielandt a. a. O.

40) Aehnlich steht es mit dem Patronat oder dem Schurfrecht; auch sie sind Gegenstand der Uebertragung (vgl. §. 38 Berggesetz), ohne daß sie darum Privatrechte wären.

41) Vgl. W. G. §§. 11—13.

42) Eine Privatüberfuhranstalt an schiffbaren Flüssen darf nur mit behördlicher Concession errichtet werden. W. G. §. 7.

43) W. G. §. 10.

44) Nach §. 19 W. G. steht „Fischereiberechtigten gegen die Ausübung anderer Wasserbenutzungsrechte nicht das Recht des Widerspruchs, sondern bloß der Anspruch auf angemessene . . . Schadloshaltung zu".

Digitized by Google

die Zustimmung der Verwaltungsbehörde erforderlich sei. Was hier das b. G. B. von den Flüssen bestimmt, das dehnen die Landeswassergesetze auf alle fließenden Gewässer aus, auf Privatgewässer jedoch nur dann, wenn durch derlei Bauten auf fremde Rechte, oder auf die Beschaffenheit, den Lauf oder die Höhe des Wassers in öffentlichen Gewässern eine Einwirkung geschieht; auch steht der Verwaltungsbehörde, wenn nicht fremde Rechte darunter leiden, die Bewilligung zu Regulirungsbauten zu, wodurch der ordentliche Lauf des Gewässers geändert wird (§§. 42, 43 böhm. W. G.). Das Zuwiderhandeln gegen diese Bestimmungen ist durch die Administrativbehörde abzustellen (§. 75 W. G.), und das Gericht schreitet nur ein, wenn durch einen eigenmächtigen Wasserbau einem Grundstück Schaden droht (§. 340 b. G. B., §. 94 böhm. W. G.), oder wenn es sich um die wirkliche Entschädigung handelt. Eine Verpflichtung des Grundbesitzers zum Uferschutze besteht, abgesehen von besonderen Rechtsgründen (z. B. einem speciellen Landesgesetze, §. 46 W. G., oder dem Bestande einer Wassergenossenschaft, §. 53 ebenda) nicht; nur ist der Grundbesitzer, welcher aus einem von Anderen ausgeführten Uferschutz einen Nutzen gezogen hat, beitragspflichtig zu den dazu erforderlichen Kosten (§. 1043 b. G. B., §§. 45, 52, 66, 67 böhm. W. G., §. 26 R. W. G.).

Aus §. 88. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.

Das G. B. macht, was Gebäude anbelangt, ihre Unbeweglichkeit oder richtiger: ihre Qualification als Bestandtheil einer unbeweglichen Sache davon abhängig, daß sie in der Absicht auf dem Grund und Boden aufgeführt worden sind, daß sie stets darauf bleiben sollen (§. 297). So viel auch gegen diese Abweichung vom römischen Rechte, welches bei Gebäuden nur von dem Merkmal des Eingefestetseins ausgeht, bemerkt worden ist[1]), so muß doch vom Standpunkte des österreichischen Rechtes von dem im §. 297 angegebenen Merkmal umsomehr ausgegangen werden, als man sonst annehmen müßte, daß jede vorübergehende Einfestung was immer für einer Sache in Grund und Boden[2]) dieselbe in einen Bestandtheil des

1) Nämlich von Unger S. 383 f., welcher die römischrechtliche Begriffsbestimmung auch auf das österr. R. unbedingt angewendet wissen will.

2) Es müßte also ein in die Erde gesteckter Spazierstock oder ein im sumpfigen Boden stecken gebliebenes Viehstück als pars fundi betrachtet werden. Unger scheint es auch wirklich so zu meinen, indem er Pertinenzstücke, die an sich beweglich sind, zu den unbeweglichen Sachen rechnet, sobald sie mit dem Grund und Boden in Verbindung kommen, wie eingegrabene Fässer, aufgesetzte Blitzableiter (vgl. S. 441 Note 11). Allein soll die Unbeweglichkeit nicht ein bloßes Wort sein, sondern juristische Bedeutung haben, so können nur jene mit Grund und Boden in Verbindung stehenden Sachen unbeweglich sein, welche durch diese Verbindung pars fundi werden. Hiezu genügt aber (vgl. Unger selbst S. 437 Note 5, S. 456, 459) noch nicht die bloße Cohärenz; übersetzte Bäume und Pflanzen müssen bereits Wurzel geschlagen haben (§. 420); analog wird man auch bei Gebäuden etwas mehr als die Cohärenz fordern können, und dieses Mehr besteht eben in der Absicht der Continuität der Verbindung, welche ja

Digitized by Google

letzteren verwandle, und als die österreichische Gesetzgebung wiederholt auf dieses Merkmal zurückkommt, z. B. in der Min. Vdg. v. 7. Jänner 1854 Nr. 10 R. G. B., womit die Praterhütten in Wien, weil sie auf beliebigen Widerruf aufgeführt sind, für beweglich erklärt wurden.[3])

§. 92. Schätzbarkeit.

Die Sachen sind für das Rechtsgebiet nur dann von Bedeutung, wenn sie einen Werth, d. i. Brauchbarkeit für menschliche Zwecke haben (§. 285). Derselbe ist entweder ein Gebrauchs- oder ein Tauschwerth[1]), je nachdem man die unmittelbare Verwendbarkeit der Sache zu individuellen Zwecken, oder die Fähigkeit, sich dafür andere brauchbare Sachen zu verschaffen, in Betracht zieht. Diese beiden Werthe stehen nicht immer in gleichem Verhältniß, indem eine Sache einen hohen Gebrauchswerth, aber einen geringen Tauschwerth haben kann, und umgekehrt. Es ist sogar denkbar, daß eine Sache von bedeutendem Gebrauchswerth ohne allen Tauschwerth ist (z. B. ein Studienzeugniß, ein Reisepaß, Trinkwasser u. dgl.).

Um Rechtsobject zu sein, ist es genügend, daß die Sache Gebrauchswerth hat.[2]) Hat sie zugleich einen Tauschwerth, so genießt sie einen durchgreifenderen Rechtsschutz, indem bei Rechtsverletzungen, bei denen die Wiederherstellung des vorigen Standes unmöglich ist, ein Aequivalent in anderen Sachen geleistet werden kann (§. 1323), was bei Sachen, die einen bloßen Gebrauchswerth haben, nicht möglich ist, daher dann regelmäßig auch jeder Rechtsschutz entfällt.

Das Gesagte gilt auch für Handlungen als Rechtsobjecte[3]). Nicht nur Handlungen, für die sich ein Aequivalent in Sachen denken läßt, sondern auch jene, bei denen ein solches Aequivalent undenkbar ist, die aber dennoch für den Berechtigten von rechtlichem Interesse sind[4]), können Gegenstand eines (Forderungs-)Rechtes werden; nur kann bei letzteren, wenn die Hand-

---

auch bei der Pertinenzqualität die maßgebende ist (Unger S. 454). So wurde auch (Entsch. G. Z. 1867 Nr. 62 [= Sammlung VI. Nr. 2805]) ein auf gemiethetem Boden aufgeführtes hölzernes Sommertheater in allen Instanzen zu den „Fahrnissen" gerechnet, worauf dem Vermiether nach §. 1101 ein gesetzliches Pfandrecht gebührt.

3) Nach der Unger'schen Ansicht würde, wenn eine in den Boden eingefestete Praterhütte verkauft würde, die Gewährleistungsklage erst in drei Jahren verjähren! Die cit. Verordnung beginnt mit den Worten: „da die Praterhütten als bewegliche Sachen, deren Bestand auf einer bittweisen, stets widerruflichen Gestattung beruht . . . ".

1) Keller §. 47, Puchta §. 38, vgl. auch Winiwarter ad §. 303 f.

2) Meistens fordert man zu diesem Zwecke den Tauschwerth; so z. B. Unger S. 372, auch Savigny I. S. 377. Allein ist ein Studienzeugniß, ein Reisepaß, eine Schuldurkunde u. dgl. nicht auch Rechtsobject, obwohl ihnen jeder Tauschwerth fehlt? Savigny selbst (S. 378) gibt zu, daß Handlungen (welche auch Rechtsobjecte sein können), für welche die Verwandlung in Geldsummen undenkbar sein würde, wenig- „in unvollkommener Weise" als Gegenstand von Obligationen angesehen werden können.

3) Puchta §. 38, Unger S. 372.

4) Z. B. das Verbreiten eines lite-

Digitized by Google

lung (obgleich schuldbarer Weise) unmöglich geworden ist, eine Verurtheilung des Schuldners nicht stattfinden.

Dies führt zur Unterscheidung zwischen *schätzbaren* und *unschätzbaren* Rechtsobjecten[5]) (Sachen und Handlungen). Schätzbar sind jene, bei denen sich ein Aequivalent in anderen Sachen denken läßt oder mit anderen Worten, die einen Tauschwerth haben, unschätzbar jene, welche zwar ein rechtliches Interesse befriedigen, aber eine solche Werthvergleichung nicht zulassen, kurz, denen nur ein Gebrauchswerth beigelegt werden kann. Schätzbar sind also auch Dienstleistungen, sowohl mechanische, als künstlerische und wissenschaftliche, weil sich rücksichtlich desjenigen, dem sie etwa geschuldet werden, regelmäßig ein Aequivalent dafür denken läßt (§. 303); ließe sich letzteres nicht annehmen, dann wären sie freilich unschätzbar. Die körperliche Integrität, Freiheit, Ehre u. s. w., welche von österreichischen Schriftstellern[6]) zu den unschätzbaren Sachen gerechnet werden, sind in der That gar nicht Rechtsobjecte, also auch nicht Sachen im juristischen Sinne.

Die Schätzbarkeit einer Sache ist insbesondere von Bedeutung für den Fall einer Beschädigung, einer Verpfändung[7]), für die Bemessung des Erb- oder Pflichttheils und überhaupt für Rechtsverhältnisse, in denen es sich um die Leistung eines Aequivalents oder um die Umsetzung einer Sache gegen eine andere handelt[8]); es muß hier immer der Tauschwerth der Sache, — der vom Gesetze sog. *Preis*[9]) — bestimmt werden. Diese Werthbestimmung oder Schätzung könnte durch Vergleichung mit beliebigen anderen Gegenständen geschehen; allein soll sie ein für Jedermann brauchbares Aequivalent darbieten — und ein Gesetz kann nur ein solches im Auge haben — so kann die Vergleichung nur mit Gegenständen geschehen, die für Jedermann von gleicher Brauchbarkeit sind. Von dieser Art ist nur das *Geld*. Darum bestimmt das Gesetz, daß alle vom Gerichte vorzunehmenden Schätzungen nach einer bestimmten Summe Geldes zu geschehen haben (§. 304). Nicht nur ist der Werth des Geldes Jedermann bekannt,

---

rarischen Werkes, das Bereiten eines Vergnügens.

5) *Unger* S. 373 tadelt diese Eintheilung, indem nur „Tugend, Edelmuth, Schönheit, Freiheit, Wärme der Sonne u. s. w." solche unschätzbare Dinge seien, diese aber gar nicht zu den Sachen im technischen Sinne gehören. Allein sind nicht auch Trinkwasser, ein Studienzeugniß, ein an sich werthloses Andenken von einer geliebten Person (z. B. eine Haarlocke) Rechtsobjecte? Und doch sind sie gewiß unschätzbar. Ebensowenig läßt sich für die von einem Verleger eingegangene Verbindlichkeit zur Verbreitung eines literarischen Werkes ein Geldäquivalent denken. Vgl. auch §. 844 b. G. B., welcher bei Grenzzeichen und Urkunden eine Civiltheilung (durch Verkauf) nicht zuläßt, offenbar, weil sie als solche unschätzbare Sachen sind.

6) Z. B. von *Stubenrauch* I. S. 625 Note *.

7) Bekanntlich kann z. B. ein Reisepaß nicht verpfändet werden.

8) So z. B. in den Legatsfällen der §§. 654, 662, bei der Auszahlung des Pflichttheils, die nur in Geld gefordert werden kann (Hofd. v. 31. Jänner 1844), bei der sog. Civiltheilung einer gemeinschaftlichen Sache (§. 843), bei der Frage um die Möglichkeit der Verbürgung einer Obligation (§. 1350) u. s. w. Vgl. *Puchta* §. 38.

9) Richtiger heißt Preis nur der zum Zwecke der Umsetzung gegen Geld bestimmte Werth. *Puchta* §. 38, *Unger* S. 374.

Digitized by Google

weshalb es zum allgemeinen Werthmesser aller schätzbaren Sachen dienen kann, sondern es ist auch zugleich ein Mittel, sich alle Vermögensstücke zu verschaffen, — es ist allgemeines Tauschmittel. Vermöge dieser beiden Eigenschaften machte das objective Recht aus dem Gelde ein bis auf einen gewissen Grad allgemeines Zahlungsmittel, indem, wenn der specielle Inhalt einer Verbindlichkeit nicht mehr erfüllt werden kann, die Erfüllung durch Leistung eines Aequivalentes in Geld zu geschehen hat.[10]) Darum können schätzbare Sachen auch definirt werden als jene, welche einen Geldwerth haben.

Diese Eigenschaft der schätzbaren Sachen, wonach sie sich in Geld veranschlagen lassen, bildet die Grundlage des Rechtsbegriffes des Vermögens, worunter man die Gesammtheit der Rechte und Verbindlichkeiten einer Person, deren Object schätzbare Sachen und Handlungen sind, versteht.[11]) Der Tausch- oder Geldwerth heißt darum auch Vermögenswerth[12]), und bei der Frage, ob ein solcher einer bestimmten Sache oder Handlung zukomme (ob sie schätzbar sei oder nicht), hat man nur zu untersuchen, ob durch ihr Abhandensein das Vermögen als die Gesammtsumme der in Geld umsetzbaren[13]) Gegenstände des Berechtigten vermindert, derselbe also dadurch ärmer gemacht wird, oder nicht.

Bei der Ermittlung des Geldwerthes kann man von einem rein objectiven oder auch von einem subjectiven Maßstabe ausgehen, indem man nämlich entweder die Geldsumme, welche für die Sache am bestimmten Orte und zur bestimmten Zeit mit Hinsicht auf die bestehenden Preisverhältnisse zu erzielen wäre, oder die Geldsumme berechnet, welche dem Berechtigten mit Hinsicht auf seine subjectiven Verhältnisse ein vollständiges Aequivalent seiner Sache bieten würde. So wird man z. B. bei der Schätzung eines Pferdes aus einem Viergespann, eines Bandes aus einem mehrbändigen Werke u. s. w. einen verschiedenen Preis erzielen, je nachdem man den einen oder den anderen Maßstab zu Grunde legt.[14]) Nach dem ersten Maßstabe

---

10) Unger a. a. O. Vgl. die Rechtstheorie des Geldes ebda. S. 378 f., ferner Puchta §. 38, Keller §. 47, Bangerow I. §. 68, Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868) (dazu die Recens. v. Karlowa in der Krit. Vtljschr. XI. S. 526—559), Goldschmidt Handelsrecht I/2.

11) Jedoch versteht man unter Vermögensrechten auch jene, deren Object unschätzbar ist, z. B. das Eigenthum an einem Reisepaß, die vertragsmäßige Forderung auf Gewährung eines Vergnügens. Denominatio fit a parte potiori.

12) Keller §. 47; auch wird er „Sachwerth" schlechthin genannt; so z. B. von Savigny VI. S. 122.

13) Nicht bloß „veranschlagbaren"; dies zeigt die Annahme eines sog. Affectionswerthes, welcher auf der Veranschlagung der bloßen Neigung beruht, die doch keinen Bestandtheil des Vermögens bildet.

14) Mommsen Beitr. II. S. 214 bis 217 hebt aus den Quellen als Unterschied zwischen dem Sachwerth und dem Interesse drei Beispiele hervor: a) den höheren Werth, den eine Sache darum für den Beschädigten hat, weil er durch ihre Leistung die Verwirkung einer Conventionalstrafe vermeiden kann; b) den höheren Werth, den ein Pferd für den Eigenthümer dadurch hat, daß es zu einem Viergespann gehört; c) den Werth eines durch rechtswidrige Beerdigung eines Todten dem Eigenthümer entzogenen Platzes, welcher zu einem größeren Grundstück gehörte und zu dessen Arrondirung diente.

Digitized by Google

erzielt man den sog. gemeinen oder ordentlichen oder Marktpreis (Sachwerth, vera rei aestimatio), nach dem letzteren den sog. außerordentlichen Preis, (das Interesse, id quod interest)[15]), bei dessen Ermittlung entweder die besonderen Verhältnisse desjenigen, dem er geleistet werden muß, oder dessen besondere Vorliebe für die Sache maßgebend sein können, weshalb man zwischen dem außerordentlichen Werth des besonderen Interesse („der besonderen Verhältnisse"), und jenem der besonderen Vorliebe (Affectionsinteresse) zu unterscheiden pflegt (§. 305 b. G. B.). Die Annahme eines sog. Affectionswerthes beruht zwar auf einem Widerspruch, indem Neigungen und Affectionen nicht Bestandtheile des Vermögens sind, also eine Schätzung nicht zulassen[16]), und doch wieder geschätzt werden sollen[17]); allein das Gesetz schreibt in gewissen Fällen die Erstattung des Affectionswerthes ausdrücklich vor (§§. 335, 378[18]), 1331).[19]) Wo die Leistung des außerordentlichen Werthes nicht ausdrücklich vorgezeichnet und auch nicht bedungen ist, ist der Schätzung immer nur der gemeine Werth zu Grunde zu legen (§. 306).[20])

---

15) Die nun nach dem Vorgange Mommsens S. 16 herrschende Bezeichnung für beide Werthe ist Sachwerth (vera rei æstimatio) und Interesse (id quod interest); so Unger S. 375 f., Windscheid §. 101 a. E. und §. 257. Puchta §. 224 spricht von Verkaufswerth und Interesse. Arndts §. 206 von Werth an sich und Interesse; Bangerow §. 571 (s. aber auch III. §. 681 S. 606, wo Sachwerth und Interesse sich entgegengesetzt werden) und Keller §. 255 generalisiren noch in alter Weise den Ausdruck Interesse; vgl. darüber Mommsen S. 18 Note 6, Unger S. 375 Note 16, S. 376 Note 19.

16) Darum dürfte in jenen Fällen, wo das Affectionsinteresse in Anspruch genommen werden darf (§§. 335, 378, 1331) eine Beschwörung desselben kaum zulässig sein, sondern seine Höhe vom Richter nach Billigkeit festzusetzen sein. So Entsch. G. H. 1869 Nr. 1 [= Riehl III. S. 1563 f.] (Schmerzensgeld).

17) Vgl. Unger S. 377. Darum haben sich Puchta §. 220 Note l, §. 225, Bangerow III. S. 48 f., Arndts §. 202, Mommsen S. 122 f. gegen die Annahme eines pretium affectionis erklärt; von Savigny V S. 466 wird es jedoch in Schutz genommen.

18) Die meisten österr. Schriftsteller beziehen den §. 378 nur auf den Werth des besonderen Interesse, nicht auf den der besonderen Vorliebe. Dies steht im Widerspruch mit der Definition des §. 305. Vgl. Kirchstetter S. 176. In den Fällen der §§. 335, 1331 ist ebenfalls der Werth des besonderen Interesse zu leisten und nur dann auch der Werth der besonderen Vorliebe, wenn die Beschädigung eine im Strafgesetze verpönte ist.

19) Hingegen ist der sog. außerordentliche Werth des besonderen Verhältnisses ein wirklicher Vermögenswerth.

20) Dies ist wichtig in jenen Fällen, in denen statt der Sache der Werth zu ersetzen ist, wie bei Verwendungen (§§. 331—333, 416, 1041), Geschäftsführungen (§§. 1042, 1043, 1058), bei Empfang einer Nichtschuld (§. 1431), bei der Gewährleistung (§. 932) und der Verletzung über die Hälfte (§. 934), beim Legat einer fremden Sache (§. 662), beim Schadenersatz ꝛc. Was insbesondere den Schadenersatz anbelangt, so muß als Regel angenommen werden, daß der außerordentliche Werth der Sache zu vergüten ist; denn §. 1323 verfügt die Bezahlung des Schätzungswerthes des Schadens, nicht der (beschädigten oder entzogenen) Sache, also wenn ein Pferd aus einem Viergespann getödtet worden ist, nicht des gemeinen Werthes des Pferdes, sondern des durch die Tödtung dem Eigenthümer verursachten Schadens, welcher darin besteht, daß die übrigen drei Pferde nun nur um einen viel geringeren Preis als er für das Viergespann zu erzielen gewesen wäre, verkauft werden können. Eine Ausnahme gilt (§. 1332) nur bei levis culpa.

Digitized by Google

§. 94. Haupt- und Nebensachen.[1]) Begriffsentwicklung und Hauptfälle der Accessionen und Pertinenzen.

Steht eine Sache zu einer anderen in so untergeordnetem Verhältniß, daß sie bei Rechtsgeschäften, welche die letztere betreffen, nicht besonders in Betracht kommt und gleichwohl von den juristischen Schicksalen derselben mit ergriffen wird, so heißt sie Nebensache (accessorium)[2]); die andere Sache heißt ihr gegenüber die Hauptsache (principale).[3]) Dieses Abhängigkeitsverhältniß kann auf zweifache Weise begründet werden; entweder dadurch, daß die eine Sache Bestandtheil der anderen ist (z. B. Thüren und Fenster als Bestandtheile des Hauses, Gras, Bäume, Gebäude als Bestandtheile von Grund und Boden), — oder dadurch, daß sie, ohne Bestandtheil der Hauptsache zu werden, zur fortdauernden Benutzung derselben bestimmt worden ist (z. B. Acker- und Löschgeräthe). Im ersten Falle nennt man die Nebensache Accession (Zuwachs §§. 294, 404), im zweiten Pertinenz (Zugehör §§. 294, 457, 1047). Diese Ausdrücke sind übrigens nicht feststehend, indem sie sowohl in der Theorie als in der Gesetzgebung bald im engeren, bald im weiteren Sinne genommen werden[4]), wie denn das b. G. B. selbst unter Zugehör bald die Pertinenzen allein versteht (§§. 457, 1047), bald aber den Ausdruck im weiteren Sinne nimmt und auch die Accessionen darunter befaßt, wo dann mit dem Ausdrucke „Nebensache" die Pertinenzen bezeichnet werden (§§. 293, 294). Wir bleiben im Folgenden bei der oben gewählten Ausdrucksweise.

(Ueber das röm. Recht vgl. Mommsen S. 59—114). Sachwerth und Interesse treffen übrigens zusammen, wenn es sich um Sachen handelt, bei welchen die individuellen Eigenschaften völlig in den Hintergrund treten und die eben darum durch andere Sachen derselben Art leicht ersetzt werden können, wohin insbesondere vertretbare Sachen gehören. Mommsen S. 16 f.

1) Funke die Lehre v. d. Pertinenzen 1827, Heyne im Rechtslex. VII S. 904 f. Unger S. 427—461, Puchta §. 37, Arndts §. 54, Keller §. 46, Holzschuher I. S. 284—286. Die herrschende Lehre ist angegriffen v. Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869).

2) Wächter im Rechtslex. I. S. 10.

3) Unger S. 427.

4) Doch ist die bezeichnete Terminologie jetzt wohl als die herrschende anzusehen. Die älteren Schriftsteller umfassen mit dem Ausdruck Pertinenz oder Zubehör auch die Accessionen; so Haimberger §. 79, Seuffert Pand. I. §. 64, Heinke Lehenrecht §. 28, Gengler Lehrb. §. 153, die österr. Schriftsteller bis auf Unger; im Sinne des Textes verstehen ihn z. B. Puchta §. 37, Gerber §. 59, Holzschuher a. a. O., Heyne S. 904, 905 Note 3, Arndts §. 54, Unger S. 429, sächs. G. B. §. 65 f., Keller §. 46 schränkt ihn auf bewegliche Pertinenzen unbeweglicher Sachen ein. Nicht so fest ist noch der Begriff Nebensache; Arndts §. 152 und Unger S. 429 fassen ihn, wie der Text als Genus auf; doch gebraucht Unger ihn auch gleichbedeutend mit Accession, wogegen Heyne S. 904 und Keller a. a. O. darunter unsere „Pertinenz" verstehen. Accession nennen die Meisten das im Text mit diesem Namen Bezeichnete. Manche fassen den Begriff so weit, daß er auch die Pertinenz mit umfaßt; so Puchta §. 37, Arndts §. 54 Anm. 1, Wächter Rechtslex. I. S. 10, Holzschuher I. S. 284.

Digitized by Google

Nur Körperliches kann als eigentliche Nebensache betrachtet werden; doch rechnet man häufig[5]) zu den „Nebensachen" auch die sog. accessorischen Rechte, weil sie bei Uebertragungen und Belastungen, ähnlich den Nebensachen, die juristischen Schicksale des Hauptrechtes theilen, — was jedoch nicht auf dem nämlichen Grunde beruht, der bei den Nebensachen zu der fraglichen Erscheinung führt. Und der Fall, daß eine körperliche Sache als Accessorium eines Rechtes zu betrachten wäre (z. B. etwa das Jagdzeug als Accessorium der Jagdgerechtigkeit, die Ausschankapparate als Hilfssachen des Schankregals), ist wenigstens dem österreichischen Rechte nicht bekannt.

Das G. B. spricht von Accession und Pertinenz nur von dem Gesichtspunkte der durch diese Qualitäten der Sachen zu bewirkenden Umwandlung an sich beweglicher Gegenstände in rechtlich unbewegliche (§§. 293, 295 bis 297), — ein Gesichtspunkt, der nicht nur darum zu enge ist, weil es auch Accessorien beweglicher Sachen gibt, sondern auch (s. unten), weil es auch noch andere Wirkungen der accessorischen Verbindung einer Sache mit einer anderen gibt, als jene der bloßen Immobiliarqualification.

Accessionen sind jene zu einer (anderen) Sache im untergeordneten Verhältniß stehenden körperlichen Stücke, die mit ihr erst später, aber als wahre Bestandtheile derselben in Verbindung getreten sind.[6]) Zwischen Theil und Accession besteht derselbe Unterschied, wie zwischen Genus und Species, und es gilt also von der Accession Alles, was oben von den Theilen überhaupt gesagt worden ist. Zur Accession gehört Alles, was aus der Sache selbst als ihr sichtbarer organischer Bestandtheil entsteht, und ebenso auch, was mit ihr von Außen als Theil in Verbindung gesetzt wird (§. 404)[7]); genauer:

a) die organischen Erzeugnisse einer Sache, so lange sie nicht abgesondert sind, sowohl die Erzeugnisse des Erdbodens (§. 295), als die der Thiere (§. 405);

b) alles, was auf Grund und Boden mit der Absicht, daß es immerwährend darauf bleibe, aufgeführt wurde, wie Gebäude, Umfriedungsmauern, Zäune, Pfähle u. s. w. (§. 297, vgl. auch §§. 417—419);

c) die durch die Thätigkeit eines fließenden Gewässers herbeigeführten Vergrößerungen von Grundstücken; dahin gehört der Fall der neu entstandenen Insel (§. 407), des verlassenen Flußbettes (§. 410), der Anspülung (§. 411), der Anschwemmung (§. 412);

d) Gegenstände, die mit anderen in solche Verbindung gebracht worden sind, daß sie mit diesen Ein Ganzes bilden, wie z. B. der Stein als Bestandtheil des Ringes, Schrift und Malerei als Bestandtheile des Mate-

---

5) So z. B. Holzschuher S. 285, Dernburg I. §. 62 und mehrere österr. Commentatoren ad §. 298. Vgl. auch Gerber §. 79, 92.

6) Unger S. 430, 431 bes. Nte. 3. Pucha §. 37 nennt die Accession einfach Theil.

7) Zu beachten, daß der Schlußbeisatz der im §. 404 enthaltenen Definition mit Bezug auf die Lehre vom Eigenthumserwerb aufzufassen ist. Vgl. Unger S. 431 Note 4.

Digitized by Google

rials, worauf sie angebracht sind (§§. 415, 416), Baumaterial als Bestandtheil des ausgebesserten Hauses, Schotter als Bestandtheil der Straße u. dergl.

Pertinenzen oder Hilfssachen dagegen sind jene körperlichen Sachen, welche, ohne Theile einer anderen zu sein[8]), zum fortwährenden Gebrauche der letzteren, nicht aber für die individuellen Bedürfnisse ihres jeweiligen Inhabers bestimmt sind (§. 294). Da sie nicht Bestandtheile der Hauptsache sind, führen die Pertinenzen eine theilweise selbständige Existenz; sie werden zwar, als Nebensachen, regelmäßig von den juristischen Schicksalen der Hauptsache mit ergriffen, doch gibt es Fälle, in denen sich beider Schicksal wesentlich trennt, weshalb sie von den Accessionen genau unterschieden werden müssen.

Die charakteristischen Merkmale der Pertinenz sind:

1) die immerwährende Bestimmung zu Zwecken einer bestimmten Sache.[9]) Von einer solchen kann nur dann gesprochen werden, wenn eine Sache von der Art ist, daß sie schon ihrer Natur nach über die Besitzdauer des gegenwärtigen Eigenthümers hinaus bei einer anderen Sache zum Zwecke ihrer Benützung zu verbleiben bestimmt ist und daher auch bei Veräußerungen als zu ihr gehörig betrachtet wird. Ob das der Fall ist, darüber entscheidet wohl hauptsächlich Sitte und Lebensweise[10]), daher zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten auch Verschiedenes als Pertinenz betrachtet wird. Gegenstände, die nicht in dieser Weise zum immerwährenden Gebrauche der Hauptsache, sondern vielmehr zur Befriedigung der individuellen Bedürfnisse ihres jedesmaligen Inhabers zu dienen bestimmt sind, sind nicht Pertinenz. Darum sind nicht Pertinenzen die Hauseinrichtungsstücke, gleichviel, ob es sich um Privatwohnhäuser oder um Gasthöfe[11]) handelt, ferner das Handwerkszeug, die Apothekergeräthschaften, eine Bibliothek, eine Raritäten-, Kunst- oder Naturaliensammlung.[12]) Aus dem gleichen Grunde sind auch Sattel und Zeug nicht Pertinenz des Pferdes[13]); sie sind nicht für ein bestimmtes Pferd, sondern für Pferde über-

8) Den Unterschied zwischen Pertinenz und Theil setzt Keller a. a. O. in die Cohäsion. Unger S. 436, 427 in den Zustand der Unfertigkeit, in welchem sich die Sache ohne den bestimmten Theil befindet, so daß nach ihm der Schlüssel einen Theil des Schlosses, der Ladstock einen Theil des Gewehres (S. 421), der Blitzableiter dagegen nur eine Pertinenz des Hauses bildet (S. 436). — Uebrigens läßt sich eine haarscharfe Abgrenzung der Pertinenz vom Theil auf der einen und von bloß zufälligen Utensilien auf der andern Seite nicht ziehen.

9) Gerber §. 59, Puchta §. 37, Heyne S. 906, Unger S. 454.

10) Puchta §. 37 Note k, vgl. Keller a. a. O. und oben Note 8 a. E.

11) Anders das A. L. R. I. 2, Dernburg I. §. 62.

12) Ob Ornamente eines Gebäudes Pertinenzen seien, hängt davon ab, ob sie zum Bauplan gehören oder nur nach dem Geschmacke eines zeitigen Inhabers des Hauses angebracht sind (Post das gemeine und hanseat. Immobiliarrecht §. 2). Als zum Bauplan gehörig sind sie auch dann anzusehen, wenn sie in die Mauer eingelassen sind (§. 297 und vgl. weiter unten).

13) Heyne S. 906, Unger S. 451. Dagegen erklärt Keller §. 46 Sattel und Zaum als Nebensache des Pferdes; vgl. preuß. L. R. I. 2 §. 101.

Digitized by Google

haupt bestimmt und pflegen daher auch nicht mit dem Pferde veräußert zu werden. Wohl pflegt man Faß und Wein, Schachbrett und Schachfiguren u. dgl. mit einander zu veräußern[14]); es ist aber gleichwohl nicht das eine Pertinenz des anderen, weil keins dem bestimmten Individuum, sondern der Gattung dient.

Da die Pertinenzqualität auf dem natürlichen Verhältnisse der Hilfssache beruht, so ergibt sich, daß es dem Eigenthümer nicht zusteht[15]), was immer für eine Sache zur Pertinenz einer anderen (z. B. seine Bibliothek zur Pertinenz seines Hauses) zu machen, und daß es daher keine sog. gewillkürten Pertinenzen gibt.[16]) Es wäre auch nicht abzusehen, in welcher Weise diese Willensmeinung des Eigenthümers manifestirt werden müßte, da eine einseitige Erklärung nicht wirkt, und eine stillschweigende, z. B. durch Einstellung der Sache in das Gebäude, nicht genügend ist. Es ist darum auch unrichtig, wenn behauptet wird, daß die grundbücherliche Auszeichnung der Widmung oder Nichtwidmung gewisser Utensilien zu Zwecken einer Liegenschaft, oder die grundbücherliche Benennung der letzteren, z. B. als Fabrik, über die Pertinenzqualität entscheide, da die Eintragung in die öffentlichen Bücher wohl zur Erwerbung und Aufhebung dinglicher Rechte an Immobilien dient[17]), der Zweck der letzteren aber lediglich durch den Willen ihres Besitzers bestimmt wird.

2) Die Widmung durch den Eigenthümer. Was der Usufructuar, Precarist, Pachter oder Miether beigestellt haben, fällt nicht unter den Begriff des Zugehörs, mag auch das Beigestellte sonst seiner Natur nach demselben beizuzählen sein, denn es fehlt die Absicht, es dem immerwährenden[18]) Gebrauche der Hauptsache zu widmen; daran ändert auch der Umstand nichts, daß das von solchen Personen Beigestellte etwa mauer-, niet-, oder nagelfest gemacht wird (wie Glockenzüge, Gasleitungsröhren u. dgl.); sie widmen es gleichwohl ihren individuellen Interessen, nicht den Zwecken der Hauptsache. Daß nach §§. 293, 294 die Bestimmung zu Zwecken der Hauptsache nicht nur vom Eigenthümer, sondern auch von dem Gesetze soll ausgehen können, ist dahin zu verstehen, daß in manchen Fällen, wo aus der Natur der Hilfssache die Beständigkeit ihrer Bestimmung zu Zwecken der Hauptsache nicht hervorgeht, eine Vermuthung für diese Beständigkeit vom Gesetze aufgestellt werde[19]); so insbesondere (§. 296) bei dem sog. Gutsinventar, welches sonst, wie das Hausmobiliar, von dem Begriffe des Zugehörs ausgeschlossen werden könnte; aber auch in diesem Falle muß gleichwohl die Beistellung wesentlich vom Eigenthümer ausgehen. — Streitig

14) Daher enthält auch das Gesetz darauf bezügliche Auslegungsregeln z. B. im §. 677.

15) Wie das von österr. Schriftstellern behauptet wird, z. B. von Winiwarter II. S. 8; vgl. dagegen Unger S. 451 Note 39.

16) Unger S. 447—450.

17) Keineswegs sind die öffentlichen Bücher bestimmt zur Auszeichnung der juristischen Qualitäten beweglicher Sachen.

18) Unger S. 449, Entsch. (des österr. O. L. G.) G. H. 1870 Nr. 83.

19) Insoferne ist die Frage, ob etwas Zugehör sei, im heutigen Rechte weniger, als im römischen, eine reine Interpretationsfrage. Vgl. Dernburg I. §. 62, Gerber §. 59.

Digitized by Google

ist, ob auch der bloße Besitzer eine Sache mit gleicher Rechtswirkung beistellen könne. Die Frage muß verneint werden; ist es auch richtig, daß bei den von ihm ausgehenden Veräußerungen und Verpfändungen (der Hauptsache) die von ihm beigestellten Sachen so zu behandeln sein werden, als wären sie Zubehör, so wird doch, wenn der wahre Eigenthümer die Hauptsache veräußert oder verpfändet, die ihm nicht gehörige Pertinenz von diesen Geschäften ebensowenig ergriffen, als von einer von ihm ausgehenden Vindication; und das Gesagte gilt auch dann, wenn der Veräußerer oder Pfandbesteller zwar Eigenthümer der Hauptsache, nicht aber auch der von ihm angeschafften Pertinenzstücke ist.[20])

3) Herstellung der erforderlichen Verbindung zwischen der Haupt- und der Hilfssache.[21]) Meistens genügt hiezu jene örtliche Stellung, welche zu der Benützung zu Zwecken der Hauptsache erforderlich ist, z. B. die Einstellung des Gutsinventars auf das Gut, des Löschgeräthes in das Gebäude. Bei manchen Hilfssachen aber ist es erforderlich, daß sie mit der Hauptsache in eine feste Verbindung treten, damit sie Pertinenzen seien, weil sonst ihre specielle Eignung zu den Zwecken der bestimmten Sache und die Beständigkeit ihrer Bestimmung für dieselbe nicht ersichtlich wäre, wie z. B. bei Wein- und Baumpfählen, welche, wenn sie neu angeschafft, aber noch nicht beigesteckt sind, nicht als Pertinenz angesehen werden können.[22]) Es läßt sich also aus dieser festen Verbindung, vorausgesetzt, daß sie vom Eigenthümer selbst veranlaßt wurde, auf die Pertinenzqualität schließen, und darum bestimmt das Gesetz, daß Alles, was erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist, als Zugehör zu betrachten sei (§. 297).[23]) Zugehör ist also auch eine angeschraubte Lampe, eine angenagelte Uhr, ein in die Wand eingelassenes Bild, eine bodenfeste Dampfmaschine oder Brückenwage, und sie müssen daher, wenn sie nicht vorbehalten worden sind, bei Verkäufen mit herausgegeben werden.[24])

Zu den Pertinenzen müssen alle in den §§. 295—297 aufgezählten Gegenstände gerechnet werden, welche nicht unter den Begriff der Accessionen fallen; es erscheinen also als Pertinenzen die Fische im Teiche und das Wild in (eingezäunten) Waldungen, so lange sie nicht gefangen oder erlegt sind, weil sie sonst nicht mehr dem Grundstücke dienen (§. 295), dann das sog. Gutsinventariale[25]) d. i. die zum Fortbetriebe einer Wirthschaft

---

20) Der Tadel, den Unger S. 449 diesfalls gegen §§. 293, 294 b. G. B. erhebt, erscheint hienach nicht begründet. Vgl. A. L. R. I. 2 §. 60.

21) Puchta §. 37, Arndts §. 54, Unger S. 454.

22) L. 17 §. 11 D. de A. E. V. 19. 1. Keller a. a. O.

23) Doch ist freilich zu beachten, daß das Gesetz nur sagt, das Mauer-, Niet- und Nagelfeste sei unbewegliche Sache, es kann also auch zu den Accessionen, es muß nicht zu den Pertinenzen gehören. Vgl. Unger S. 459 f.

24) Ausnahmsweise ist freilich die Ansetzung nicht entscheidend. Vgl. A. L. R. I. 2. §. 81, 85. Dernburg I. §. 62 Note 9.

25) Vgl. sächs. G. B. §. 70, A. L. R. I. 2 §§. 48—53, 58. Was im concreten Falle zum fundus instructus gehöre, ist im Streitfalle durch Sachverständige zu erheben. Der Einspruch gegen die Mobliarexecution darauf (Hofd. vom

Digitized by Google

erforderlichen Vorräthe und Utensilien (§. 296), ferner Alles, was erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist[26]), als: Braupfannen, Branntweinkessel, Dampfmaschinen[27]), eingezimmerte Schränke; endlich alles dasjenige, was dergestalt als zu einer anderen Sache gehörig betrachtet wird, daß es bei Veräußerungen der letzteren regelmäßig als mitveräußert gilt, wie: Brunneneimer, die nach der speciellen Einrichtung eines Gebäudes daselbst erforderlichen Seile und Ketten, die Löschgeräthschaften (§. 297), wegnehmbare Bedeckungen der Mistbeete, Brunnendeckel, die auf eine unbewegliche Sache sich beziehenden Urkunden, Risse und Karten[28]) u. s. w. — Als Zugehör führt das G. B. auch den in senkrechter Linie über einem Grundstücke befindlichen Luftraum auf (§. 297); allein da der Raum nichts Körperliches, die freie Luft aber nicht Gegenstand des Eigenthumsrechtes ist, so kann hier nicht von einer Pertinenzsache im technischen Sinne gesprochen werden; der Gedanke, dem das Gesetz Ausdruck geben wollte, ist lediglich der, daß die ausschließliche Berechtigung eines Grundbesitzers, in seinem Luftraume Handlungen vorzunehmen und alles Fremde von demselben auszuschließen, mit dem Grundeigenthume *wie ein Zugehör* an jeden späteren Erwerber übergehe.[29])

Das Pertinenzverhältniß setzt *nicht* voraus, daß die Hauptsache unbeweglich, die Hilfssache beweglich sei: es gibt auch unbewegliche Pertinenzstücke unbeweglicher, und bewegliche Pertinenzen beweglicher Sachen. So können ein Vorgarten, ein Hintergebäude, ein Hof[30]) als Pertinenzen des Hauptgebäudes angesehen werden, und es gilt das Etui als Pertinenz des Schmuckes, die Scheide als Pertinenz des Degens, der Anschraubkoffer als Pertinenz des Reisewagens.[31]) Selbstverständlich jedoch kann eine unbewegliche Sache niemals Zubehör einer beweglichen sein.[32])

---

7. April 1826 und dazu Unger S. 439 Note 9) kann unmittelbar vor deren Vornahme erhoben werden (Pl. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 97 [= Sammlung VII. Nr. 3351]). Der auf dem Acker aufgeführte Dünger wird als Zubehör des Ackers betrachtet und gilt als mit dem Acker verkauft (Entsch. G. Z. 1870 Nr. 95 [= Sammlung VIII. Nr. 3906]. — Ueber Pertinenzen der Eisenbahnen s. Ges. v. 19. Mai 1874 §. 5 (R. G. B. Nr. 70).

26) Entsch. G. H. 1866 Nr. 73 [= Sammlung V. Nr. 2534] erklärt zum Selchen bestimmte Eisenstangen für Bestandtheile des Hauses, weil sie mauerfest waren.

27) Die österr. Praxis zählt öfters die Maschinen in einer Fabrik zum Zugehör des Gebäudes (vgl. z. B. G. Z. 1852 Nr. 18, 1861 Nr. 69 und 108 [Peitler Nr. 94, Sammlung III. Nr. 1178, 1343]). Dagegen Unger S. 451 Note 42, Entsch. G. Z. 1859 Nr. 120 [= Sammlung II. Nr. 817]. Vgl. Winiwarter II. S. 12.

28) Vgl. sächs. G. B. §. 68 A. L. R. I. 2. §. 62, 63, 84.

29) Das folgt aber in der That schon aus dem Inhalte des Grundeigenthums. — Wie mit dem Luftraum verhält es sich auch mit der Unterfläche, d. i. dem unter dem Grundstücke befindlichen Raume, der auch oft als Bestandtheil des Grundes und Bodens ausgegeben wird, während das, was man das Recht an der Unterfläche nennt, nichts anderes ist, als der Ausdruck für die dem Grundeigenthümer zukommende Berechtigung, jede sein Grundstück gefährdende Unternehmung unter demselben, z. B. eine gefahrdrohende Grabung eines Tunnels, zu untersagen.

30) Sächs. G. B. §. 68.

31) Das sächs. G. B. §. 71 bezeichnet insbes. Boote, Ruder und Segelstangen als Pertinenzen des Schiffes. Vgl. A. L. R. I. 2. §. 91.

32) Arndts §. 54.

Digitized by Google

Hieran knüpft sich die vielbesprochene Frage, inwiefern Fabriksgeräthschaften[33]) als Pertinenzen angesehen werden können. Man hat deren Pertinenzqualität bald unbedingt behauptet, weil sie Gegenstände seien, ohne welche die Fabrik nicht betrieben werden kann (arg. §. 294), bald sie unbedingt geleugnet, weil sie ebenso wie Handwerkszeug und Gewerbsgeräthschaften in keiner nothwendigen Beziehung zum Gebäude stehen, bald endlich ihre Pertinenzqualität von ihrer grundbücherlichen Auszeichnung oder der bücherlichen Benennung des Gebäudes als Fabriksgebäude abhängig gemacht. Die letztere Ansicht wurde bereits oben als irrig erwiesen. Das Richtige ist[34]), die angefesteten Fabriksutensilien unbedingt (§. 297), die übrigen aber dann als Zubehör des Gebäudes anzusehen, wenn dieses nach seiner Anlage zu einem Fabriksgeschäfte *wesentlich* bestimmt und eingerichtet ist, während die Geräthschaften in einem Gebäude, welches füglich auch einem anderen Zwecke als dem Fabrikationsbetriebe dienen kann[35]), als Pertinenzen darum nicht angesehen werden können, weil sie nur dem Beschäftigungszweige des gegenwärtigen Besitzers dienen.

§. 95. Rechtliche Bedeutung der Accessions- und Pertinenzqualität.

Die Wichtigkeit der Accessions- wie der Pertinenzqualität einer Sache zeigt sich in der Abhängigkeit der letzteren von den juristischen Schicksalen der Hauptsache, jedoch insofern mit Unterscheidungen, als zwar wohl die Accession, nicht aber auch die Pertinenz ihre Selbständigkeit gänzlich verliert. Es kommt hier namentlich auf die folgenden Punkte[1]) an:

1) Ist die Hauptsache *unbeweglich*, so ist es auch die Accession als ihr Theil[2]); nicht so die Pertinenz, welche, wenn sie an sich beweglich ist, auch in ihrer Eigenschaft als Pertinenz als bewegliche Sache besessen und ersessen wird.[3]) Nur bei der Uebertragung oder Belastung der unbeweglichen Hauptsache nimmt die Pertinenz Theil an der eigenthümlichen Uebertragungs- oder Belastungs*art* der Hauptsache: die Uebertragung oder Belastung der Hauptsache durch Intabulation erstreckt sich auch auf die Pertinenzen. Eben *dies* ist der Grund, der das Gesetz (§. 293) bestimmt, solche Pertinenzen als unbewegliche Sachen zu bezeichnen.

2) Wer die Hauptsache *besitzt*, besitzt in der Regel auch die Nebensache; jedoch mit der Maßgabe, daß die juristisch trennbare Accession (§§. 414, 415) vom Besitzer der Hauptsache auch wohl im Namen eines

33) Vgl. oben Note 27.

34) Vgl. sächs. G. B. §. 69, A. L. R. I. 2 §§. 79, 93. *Dernburg* I. §. 62.

35) Das wird regelmäßig zutreffen bei einem zu einer Fabrik erst nachträglich adaptirten Wohngebäude.

1) *Keller* a. a. O. leugnet die Möglichkeit fester Bestimmungen, indem deren „Anwendbarkeit stets durch specielle oder individuelle Verhältnisse bestimmt sei", und verzichtet daher auf die Aufstellung solcher Grundsätze.

2) *Unger* S. 433.

3) *Unger* S. 441, 442. *Dernburg* I. §. 62, Note 12. Es wird also z. B. ein Pflug, trotzdem er als Pertinenz eines Landgutes eingestellt ist, in 3, nicht erst in 30 Jahren ersessen (§§. 1466, 1467).

Digitized by Google

Anderen detinirt werden kann, in welchem Falle der letztere der wahre Besitzer der Accession ist (§§. 318, 319, 348).[4]) Und Pertinenzen, welche mit der Hauptsache nicht in physischer Verbindung stehen, werden meist vom einseitigen Besitzerwerb der Hauptsache nicht mit ergriffen, während sich der zweiseitige regelmäßig auch auf sie erstrecken wird (§. 315).[5])

3) Wem die Hauptsache gehört, dem gehört in der Regel auch die Nebensache.[6]) Auch von dieser Regel kann bei der Accession nur, wenn sie juristisch trennbar ist, eine Ausnahme eintreten (§. 414)[7]); wer dagegen Eigenthümer der Hauptsache ist, ist immer auch Eigenthümer der Pertinenz, ohne daß eine Ausnahme von dieser (richtig verstandenen)[8]) Regel zu bemerken wäre. Damit hängt zusammen:

4) Wird die Hauptsache vindicirt, so bezieht sich die Vindication auch auf die Accession, wofern sie nicht nach §. 415 juristisch trennbar ist (§§. 331, 332)[9]); dagegen bezieht sich die Vindication der Hauptsache nicht auf die vom Beklagten (Besitzer) beigestellten Pertinenzen.

5) Das Geschäft, wodurch die Hauptsache veräußert oder vermacht wird, bezieht sich auch auf die Nebensache (§§. 1047, 1061). Dieser Satz ist es vorzugsweise, welcher zu der Lehre von den Nebensachen Anlaß gegeben hat. Aber auch hier gehen Accession und Pertinenz auseinander. Begründet nämlich das Geschäft vorläufig nur die Verbindlichkeit zur Tradition, so bezieht es sich nur auf die zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit vorhandenen, nicht auch auf die später hinzugekommenen Pertinenzen[10]) (§§. 1047, 1061); wohl aber befaßt es auch die später hinzugekommene Accession[11]) (§§. 1050, 1064, 686), es sei denn, daß sie unter den Begriff der Frucht fällt, in welchem Falle eine naturgemäße Ausnahme eintritt[12]) (§§. 1050, 1051, 1064). — Uebrigens findet der Grundsatz, daß die Nebensache mit der Hauptsache veräußert werde, da er nur auf einer wahrscheinlichen Willensinterpretation beruht, überhaupt keine Anwendung

a) dem Eigenthümer gegenüber dann, wenn Pertinenz oder Accession gar nicht dem, vom Eigenthümer verschiedenen, Veräußerer[13]) gehören;

---

4) So kann Jemand Besitzer eines Wagens sein und ein einzelnes an demselben befindliches Rad als entlehntes im Namen des Commodanten innehaben. Unger S. 421 Note 11 u. S. 433.

5) Unger S. 433.

6) Vgl. G. H. 1870 Nr. 96 [= Samml. VIII. Nr. 3814]: die Ehegattin begehrte gegen den Gläubiger ihres Mannes die Exscindirung mehrerer gepfändeter zu ihrem Gute gehörigen Viehstücke. Der Klage wurde stattgegeben, weil die Klägerin ausschließliche Eigenthümerin des Grundstückes war, dessen Zugehör diese Viehstücke bildeten, und daher auch anzunehmen sei, daß der fundus instructus ihr gehöre. — Von einer wahren Vermuthung dürfte hier wohl kaum die Rede sein, wohl aber von dem Ungerechtfertigtsein der Pfändung, die nur gegen jenen stattfinden soll, der der wahrscheinliche Eigenthümer ist.

7) Unger S. 433, 422 Note 10.

8) S. oben §. 94 vor Note 20.

9) Unger S. 433.

10) Unger S. 444. Anders das sächs. G. B. §. 66.

11) Unger S. 434 und Note 17.

12) Nämlich insofern, als nach den Grundsätzen über das periculum und commodum die Früchte jenem zufallen, der auch die Gefahr trägt.

13) Dem Veräußerer gegenüber kann auch in diesem Falle der Grundsatz: accessorium sequitur principale geltend gemacht werden.

Digitized by Google

b) wenn die Nebensache von der Veräußerung ausdrücklich ausgenommen wurde, was jedoch nur hinsichtlich der Pertinenzen und der juristisch trennbaren Accessionen (§§. 407—415) möglich ist; der Vorbehalt des Eigenthums an einer anderen Accession (z. B. an einem auf dem veräußerten Grundstück stehenden Gebäude oder Baume) könnte höchstens als Vorbehalt eines Superficiarrechtes wirksam sein (§§. 1125, 1147).[14])

6) Das von der Veräußerung Gesagte gilt mit allen Modificationen und Ausnahmen auch von der Ueberlassung eines bloßen Gebrauchsrechtes der Hauptsache. Es gilt also insbesondere als mitverpachtet Alles, was nothwendig erscheint zum ordentlichen Gebrauche der Sache (§§. 518, 1110).[15])

7) Ebenso gilt das Gesagte auch für den Fall der Verpfändung der Hauptsache.[16]) Doch werden nicht nur die zur Zeit der Verpfändung vorhanden gewesenen, sondern auch die später hinzugekommenen Pertinenzstücke vom Pfandnexus ergriffen (§. 457).[17]) Natürlich stehen sie aber unter diesem Nexus nur so lange, als sie in dem Pertinenzverhältniß bleiben, und es kann daher das Pfandrecht gegen denjenigen, an den die Pertinenzstücke einzeln veräußert wurden, nicht ausgeübt werden.[18]) Erworben wird dieses Pfandrecht unter Einem mit dem Pfandrecht an der Hauptsache, und daher, wenn diese ein Gegenstand der öffentlichen Bücher ist, durch die Intabulation (§. 451)[19]); daraus folgt, daß eine selbständige Verpfändung einer Pertinenz als solcher, (so lange sie eben Pertinenz ist) unmöglich ist. Darum bestimmt das Hofd. v. 7. April 1826, daß das Gutsinventar nur mit dem Gute, zu welchem es gehört, geschätzt und feilgeboten werden könne.[20]) — Da nun dieses Pfandrecht wegen des Wechselns einzelner Pertinenzstücke von flüchtiger Natur ist und eben darum von chikanösen Schuldnern leicht eludirt werden könnte, so wird mit Recht behauptet[21]), daß nach Analogie des §. 1101 der Zeitpunkt der Anstellung der Pfandklage maßgebend sei.

---

14) Unger S. 437 Note 17, S. 444, 445. Hätte sich der Veräußerer das Eigenthum der mittradirten Nebensache vorbehalten, so hätte der Pfandgläubiger des Erwerbers kein Pfandrecht an der Pertinenz.

15) Die Vermuthung, daß der Fruchtnießer oder Bestandnehmer die Sache sammt allen zur ordentlichen Benützung erforderlichen Stücken übernommen habe, basirt offenbar auf der Voraussetzung, daß die Gebrauchseinräumung der Hauptsache im Zweifel auch die der Nebensache in sich begreife.

16) Unger S. 435, 445, 446.

17) Offenbar bezieht sich dies nicht auf die Pertinenzen beweglicher Sachen. Unger S. 446. Nach dem sächs. G. B. bezieht sich das Pfandrecht auf einen engeren Kreis von Pertinenzen, als die sonstigen die Hauptsache betreffenden Verfügungen, indem regelmäßig nur das in fester Verbindung mit ihr stehende Zugehör von der Hypothek ergriffen wird (§. 66, 69, 70 mit 410—412).

18) Unger S. 455 Note 29, sächs. G. B. §. 413.

19) Unger S. 445, Dernburg §. 62 a. E.

20) Näheres im Pfandrecht.

21) Von Unger S. 446, obwohl ohne Angabe von Gründen. — Es wird in dem bezeichneten Falle zugleich mit der Anstellung der Pfandklage auch das Ansuchen um gerichtliche Beschreibung der Pertinenzen des Gutes zulässig sein (arg. Hofd. v. 3. Nov. 1819).

Digitized by Google

An den Satz, daß der Eigenthümer der Hauptsache auch Eigenthümer der Accession ist, knüpft sich die vielbesprochene Frage über das Eigenthum eines an der Grenze eines Grundstückes stehenden Baumes.[22]) Vor Allem ist hier zweifelhaft, ob das Eigenthum des Baumes nach den Wurzeln, die sich in dem benachbarten Grund ausbreiten, oder nach dem Stamme zu beurtheilen sei, der aus dem Boden hervorsteht.[23]) Das österr. Recht läßt, wie nach der richtigen Meinung auch schon das röm. Recht[24]), den Stamm entscheiden (§. 421). Steht also der Stamm ganz auf dem Grunde des Nachbars, so gehört ihm auch der Baum ganz, wenngleich dessen Wurzeln und Aeste sich in dem diesseitigen Raum ausbreiten. Da jedoch der Eigenthümer des diesseitigen Raumes mit seinem Grund und Boden beliebig verfügen kann, und, wofern ihn nicht eine Servitut dazu nöthigt, nichts Fremdes in seinem Grund und Boden oder Luftraum zu dulden braucht (§§. 297, 475 Nr. 4), so ist es ihm auch unbenommen, die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden zu reißen und die in seinem Luftraum sich verbreitenden Aeste abzuschneiden (§. 422)[25]); die abgeschnittenen Stücke muß er dem Nachbar nicht ausfolgen.[26]) Er darf aber die Aeste auch „sonst benützen" d. h. sich auch Laub und Früchte zueignen. Dies ist das sog. Ueberhangsrecht, welches aus dem deutschen Rechte in das oesterreichische übergegangen ist.[27])

Steht hingegen der Stamm gerade auf der Grenze mehrerer Grundstücke, welche verschiedenen Eigenthümern gehören, so ist ihnen, wie sich §. 421 ausdrückt, der Baum gemein. Es fragt sich aber, ob hier eine communio pro diviso oder pro indiviso gemeint ist. Dafür, daß die

---

22) Vgl. insbes. die scharfsinnige Darstellung bei Bangerow I. §. 329, A. 2.

23) Für das röm. R. nahmen Viele wegen der scheinbar widersprechenden L. 7. §. 13. D. 41. 1 (§. 31. J. de r. d. 2. 1) und L. 6. §. 2. D. 47, 7 eine Antinomie an. Vgl. deren natürliche Lösung bei Bangerow a. a. O.

24) Bangerow a. a. O. Holzschuher II. 1 S. 123, Höpfner Comm. §. 327 u. A. Unrichtig Stubenrauch I. S. 804.

25) Er kann aber nicht verlangen, daß der Eigenthümer des Baumes das Abschneiden besorge. Entsch. G. H. 1869, Nr. 97 [= Sammlung VII. Nr. 3549].

26) Nach den Grundsätzen über das interd. de arbor. caed. (Dig. 43. 27) ist der Eigenthümer eines Baumes auf Verlangen des Nachbars verpflichtet, den über einem städtischen Grundstück überhangenden Baum ganz, bei einem ländlichen die überhängenden Aeste 15 Fuß hoch vom Boden weg abzuschneiden, widrigens es der Nachbar selbst thun und das Holz behalten darf. Da eine nicht beachtete Mahnung des Baumeigenthümers hiezu vorausgesetzt wird, so darf das Behaltendürfen des Holzes auf eine präsumtive Dereliction des Eigenthümers zurückgeführt werden. Durch L. 1. C. de interd. 8, 1 wurden gleiche Grundsätze auch betreffs der im Nachbargrunde sich verbreitenden Wurzeln aufgestellt (Keller §. 160. Bangerow §. 297 S. 627). — In der österr. Rechtsliteratur ist streitig, wem das abgeschnittene Holz zufalle. Die Meinung des Textes vertritt z. B. Stubenrauch I. S. 805. Dagegen Winiwarter II. S. 198; vgl. A. L. R. I. 9 §. 287 f. Entscheidend scheint für die Meinung des Textes, daß sie nur eine Consequenz des unbeschränkten Benutzungsrechtes („oder sonst benützen") ist, welches das Gesetz gewährt.

27) Gerber §. 91 Nr. 3 und Note 7, 8. Kraut Grundriß (4. Auflage) S. 209, 210.

Digitized by Google

erstere[28]) vorliege, spricht, daß Grund und Boden selbst in einer communio pro diviso steht und dies nach den §§. 854, 855 auch von den damit in Verbindung stehenden Scheidewänden[29]) gilt; es scheint das Nämliche auch von den Grenzbäumen gelten zu müssen, umsomehr, als sonst gegen den Grundsatz verstoßen würde, daß der Baum — auch nicht theilweise — nicht einem Anderen gehören könne, als der Grund, auf dem er steht. Von diesem Standpunkte aus wäre anzunehmen, es setze sich die senkrechte Scheidelinie, welche die Grundstücke sondert, auch in dem Grenzbaume fort, und es sei somit jeder der mehreren Grundbesitzer ausschließlicher Eigenthümer des in seinem Luftraum befindlichen Theiles des Baumes (pro regione cujusque praedii[30]); nur müßte doch sein Benutzungsrecht auf gleiche Weise, wie bei einer gemeinschaftlichen Mauer (§. 855) beschränkt sein durch das Nachbarverhältniß. Erst wenn der Baum gefällt würde, müßte sich die communio pro diviso in eine communio pro indiviso verwandeln[31]), was sich wie in dem Falle des Einstürzens einer (pro diviso) gemeinschaftlichen Mauer aus einer Vermengung des beiderseitigen Eigenthums (§. 415) erklären ließe.

So sehr aber für die Annahme einer communio pro diviso endlich noch der Umstand spricht, daß damit nur eine consequente Entwicklung des Grundsatzes gegeben wäre, daß jeder Grundeigenthümer die über seinem Luftraum hängenden Aeste abschneiden oder sonst benutzen könne, so sprechen doch überwiegende Gründe dafür, daß das Eigenthum an Grenzbäumen der fraglichen Art eine communio pro indiviso sei. Der §. 421 erklärt nämlich solche Bäume ganz allgemein als den mehreren Eigenthümern „gemein"; da dieses Wort im G. B. nur in der gewöhnlichen Bedeutung der communio pro indiviso gebraucht zu werden pflegt[32]), und ferner §. 854 mit seiner Bestimmung, daß Scheidewände im Zweifel gemeinsames Eigenthum sind, die Möglichkeit gemeinsamer Accessionen auf getrenntem Grundbesitz beweist[33]), — so ist auch im Falle des §. 421 eine Gemeinsamkeit im technischen Sinne, eine communio pro indiviso anzunehmen, und darauf die Bestimmungen des 16. Hauptst. (des II. Theiles) mit der Beschränkung anzuwenden, daß von einer Theilung des Baumes keine Rede sein kann. Insbesondere werden die beiden Grundeigenthümer sich in die Früchte des Baumes gleich zu theilen haben.

---

28) Sie wird auch in L. 19. pr. D. comm. div. 10, 3 als vorliegend angenommen: „e regione cujusque finium". Bangerow S. 721.

29) Und von dem Miteigenthum an einem Grenzzeichen (§. 844 b. G. B.).

30) L. 8. D. de A. R. D. 41. 1. Steht also der Baum schief, so kann er sehr wohl seinem größten Theile nach einem der Grundbesitzer gehören; das wäre auch nur consequent zu dem Princip des §. 422.

31) L. 19 cit.: „confunditur".

32) Das beweist namentlich §. 856, der zwischen communio pro diviso und indiviso genau unterscheidet.

33) Freilich kann auch wohl gefragt werden, ob nicht vielmehr anzunehmen sei, daß die gemeinsamen Accessionen auf gemeinsamem Grundbesitz stehen.

Digitized by Google

§. 96. Erlöschung der Accessions- und Pertinenzqualität.

Die Accession erlischt mit allen an diese Qualität gebundenen Rechtswirkungen, also auch sammt dem Pfandnexus, durch die Trennung der Accession von der Hauptsache, mag diese Trennung von wem immer ausgegangen sein und mag sie absichtlich oder zufällig stattgefunden haben (§§. 294, 295, 457). Was also aus dem Boden gerissen oder gefällt wurde („ruta caesa"), bildet keine Accession mehr[1]); höchstens kann das Abgetrennte durch seine Zugehörigkeit zum Wirthschaftsinventar (§. 296) zur Pertinenz werden.

Ebenso erlischt auch die Pertinenzqualität einfach dadurch, daß die Sache aus der für das Pertinenzverhältniß erforderlichen Verbindung mit der Hauptsache herausgenommen wird, was aber nur dann gesagt werden kann, wenn es absichtlich und für immer geschah.[2]) Es ist also keine Aufhebung der Pertinenzqualität, wenn Wirthschaftsgeräthschaften zur Reparatur weggeschickt, Weinpfähle, um sie zuzuspitzen, aus dem Boden herausgenommen werden u. dgl.[3])

Verschieden beantwortet wird die Frage, ob, wenn die Hauptsache verpfändet ist, zur (erlaubten) Abtrennung der Accession oder Pertinenz die Zustimmung des Pfandgläubigers erforderlich sei.[4]) Da die Verbindung lediglich auf dem Willen des Eigenthümers beruht, ist die Frage im Allgemeinen zu verneinen. Doch ist, genauer, zu unterscheiden; eine Abtrennung von Nebensachen, wie sie die ordentliche Benutzung mit sich bringt, bedarf der Zustimmung der Gläubiger nicht; geschieht sie zu anderen Zwecken, liegt insbesondere in derselben eine Deterioration der Hauptsache, so bedarf sie derselben allerdings; so wird z. B. der Eigenthümer eines verpfändeten Grundstückes ein auf diesem stehendes Gebäude gewiß nicht einfach niederreißen dürfen ohne Zustimmung des Pfandgläubigers (§. 458: „Verschulden"). Außerdem bedarf es zur Trennung unbeweglicher Pertinenzstücke, welche auch grundbücherlich eine Pertinenz der Hauptsache bilden, dann regelmäßig der Zustimmung der Gläubiger, wenn sie abgetrennt werden sollen, ohne daß zugleich die bisher auf dem Ganzen haftenden Hypotheken auf den Grundbuchsfolien eingetragen werden sollen, auf welchen die Trennstücke nunmehr zur Eintragung gelangen.[5])

---

1) Keller §. 46 a. E. L. 17. §. 6. D. de A. E. V. 19. 1.

2) Unger S. 460, 461. Vgl. sächs. G. B. §. 67.

3) L. 17. §. 11. D. 19. 1. Keller a. a. O.

4) Funke a. a. O. §. 15, Sintenis I. S. 433, Heyne S. 914, 915 u. A. behaupten, die Trennung dürfe nur stattfinden, insofern dadurch Rechte Dritter keine Einbuße leiden. Allein dies würde zu dem absurden Ergebniß führen, daß der Besitzer eines verschuldeten Gutes zu jeder Einheimsung der Früchte die Zustimmung seiner Gläubiger einholen müßte, weil er die Früchte durch die Trennung dem Pfandnexus entzieht. Vgl. sächs. G. B. §. 413. Allerdings ändert sich aber die Sachlage nach überreichter Klage oder nach erwirkter Sequestration. Vgl. Unger S. 461 Note 90.

5) Vgl. schon Pat. v. 1. Sept. 1798, J. G. S. Nr. 432 und jetzt Ges. v. 6. Febr. 1869 Nr. 18 R. G. B.

Digitized by Google

§. 97. Früchte.[1])

Früchte im natürlichen Sinne nennt man die organischen Erzeugnisse, welche eine Sache hervorbringt. Demgemäß ist das Getreide eine Frucht des Bodens, das Obst eine Frucht des Baumes, die Jungen eine Frucht des Mutterthieres; keineswegs aber sind Mineralien oder der Schatz Früchte des Bodens, der Dünger oder Haut und Fleisch Früchte des Thieres. Im juristischen Sinne aber versteht man unter Frucht jenes (wenn auch nicht organische) Erzeugniß einer Sache, welches bei ordentlicher Benutzung derselben (also ohne deren Beeinträchtigung) bestimmt ist, von ihr getrennt zu werden.[2]) In diesem Sinne rechnet man zu den Früchten auch die ordentliche Ausbeute der Bergwerke und selbst Bäume, wenn sie zum Fällen bestimmt sind (§. 511), während tragende Obstbäume und jene Waldbäume, deren Fällung eine unwirthschaftliche Verwüstung des Waldes wäre, ebensowenig wie im Allgemeinen Windbrüche zu den Früchten im juristischen Sinne gezählt werden können.[3]) Der Schatz ist auch von dem Begriffe der Frucht in diesem Sinne ausgeschlossen (§. 511).

---

1) Heimbach die Lehre v. d. Frucht. Leipz. 1843. Unger I. S. 461—470, Luden im Rechtslex. IV. S. 418—423, Holzschuher I. S. 286—291, Arndts §. 55, Puchta §. 37, Savigny Syst. VI. §. 265—267, Göppert über die organ. Erzeugnisse. Halle 1869. (Drbr. Hartmann in der Krit. Vtljschr. XI. S. 503—526.)

2) Unger S. 463, Savigny VI. S. 101, 102.

3) L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3, L. 12 pr. D. 7. 1. Stubenrauch I. S. 661 Note *, Unger S. 462, 463 Note 12, Puchta §. 37, Note a. In der That repräsentirt der Windbruch eben nicht eine wirthschaftliche Benützung, sondern eine Beschädigung des Waldes, und da somit die Substanz des Vermögens selbst Einbuße leidet, muß davon ausgegangen werden, daß die Windbrüche dem Beschädigten, also dem Eigenthümer gehören. Als Früchte aber können sie angesehen werden bei Fruchtgenüssen, welche auf unabsehbare Dauer berechnet sind, wie namentlich bei Familienfideicommissen; dabei ist aber der Genießer (Fideicommißinhaber) verpflichtet, sich diesen Ertrag für die nächstfolgenden Jahre einrechnen zu lassen. Weiter gehen Winiwarter II. S. 81 und der Verf. des Aufsatzes: Der Fruchtgenuß an einem Walde in der G. H. 1870 Nr. 92, 93, welche den Windbruch zu den Früchten rechnen. Der Letztere insbes. führt aus, daß auch nach gem. Recht Windbrüche dem Usufructuar gehören, und daß er nur verpflichtet sei, sich das überzählig genossene Holz in den folgenden Jahren einrechnen zu lassen. Das Nämliche gelte auch für das österr. Recht bei der sog. Plänterwirthschaft, d. h. jener Bewirthschaftungsmethode, nach welcher bestimmt ist, daß jährlich aus einem Waldcomplexe ein bestimmtes Quantum an Holz entnommen werden darf; wo aber für jedes Jahr ein Bezirk abgegrenzt wird, der ausgeforstet werden soll (Schlagwirthschaft), da finde diese Einrechnung nicht statt (arg. §. 513). Zwischen Windbrüchen und unreifen Früchten bestehe eine augenscheinliche Analogie; letztere aber gehören unzweifelhaft dem Fruchtnießer. Das Gleiche gelte auch von dem fideicommissarischen Substituten (§. 613) und dem Besitzer des Familienfideicommißgutes (§. 631, 632). Wie wichtig die Frage werden könne, zeige die Thatsache, daß der Werth der durch einen einzigen Sturm auf den Schwarzenberg'schen Fideicommißgütern gebrochenen Bäume beinahe eine Million Gulden betrug.

Digitized by Google

Die Früchte werden eingetheilt in rein natürliche (mere naturales) und in Industrialfrüchte (fructus industriales), je nachdem sie durch die Naturkraft allein, oder unter Hinzutritt der menschlichen Thätigkeit erzeugt worden sind (§§. 405, 420)[4]; ferner in stehende (pendentes, stantes), welche noch eine Accession der fruchttragenden Sache bilden und daher nur als künftige Sachen in Betracht kommen können, und in abgesonderte (separati), welche von der fruchttragenden Sache bereits abgetrennt sind (§§. 294, 295, 330, 1107). Die Absonderung der Früchte hat Aehnlichkeit mit der Theilung einer Sache, fällt aber nicht mit ihr zusammen; denn die Sache, von der die Frucht abgetrennt worden ist, bleibt trotz der Absonderung der Frucht ganz, was bei der Theilung nicht der Fall ist, und die juristische Qualification der Sache pflanzt sich daher nicht nothwendig in der von ihr abgesonderten Frucht, wohl aber in dem abgetrennten Theile fort. (vgl. z. B. §§. 330, 457).[5]

Absichtlich abgesonderte oder an sich genommene Früchte heißen in Bezug auf Jenen, zu dessen Gunsten diese Handlung vorgenommen wurde, bezogene (percepti), doch ist diese Unterscheidung innerhalb des Begriffs der abgesonderten Früchte für das österreichische Recht von geringer Bedeutung. (Vgl. §§. 1115, 1239[6]), 457; die §§. 824 und 1280 nehmen den Ausdruck im weiteren Sinne). Auch Früchte, die nicht erzielt wurden, aber hätten erzielt werden können, kommen juristisch in Betracht; man nennt sie vernachlässigte[7]) (percipiendi, §§. 335, 338, 379).

Der Begriff der Frucht ist über die Grenze der natürlichen Erzeugnisse hinaus ausgedehnt worden, so daß er auch den sonstigen bürgerlichen Gewinn in sich begreift, welchen eine Sache[8]) bei ordentlicher Benutzung abwerfen kann. Man spricht dann von Civilfrüchten[9]) der Sache; dahin rechnet man nicht nur den ordentlichen Gebrauch einer Sache[10]), sondern insbesondere auch das Entgelt für den von einem Anderen bezogenen Gebrauch, welches bei nicht fungiblen Sachen Pacht- oder Miethgeld, auch Zins, bei fungiblen speciell Zinsen (usurae) genannt wird[11]) (§. 1429). Die Subsumtion der civilen Früchte unter den Fruchtbegriff läßt sich insofern rechtfertigen, als die für Früchte im Allgemeinen bestehenden Rechtsgrundsätze regelmäßig auch auf sie Anwendung finden.[12]) Das b. G. B. bedient

4) Diese Eintheilung hat indessen für das österr. Recht kein Interesse; anders im älteren deutschen Recht; vgl. Unger S. 463, 464 und Note 17, Gerber §. 100.

5) Vgl. Unger S. 465 Note 22, Keller S. 86.

6) In diesen beiden §§. wird der Ausdruck „bezogen" im eigentlichen Sinne genommen; im §. 457 kommen die Ausdrücke „abgesondert" und „bezogen" zweimal neben einander vor.

7) Savigny S. 104 schlägt den Ausdruck „versäumte Früchte" dafür vor.

8) Sogar Rechte können in diesem Sinne als fruchtbringend angesehen werden, wie z. B. eine Darlehensforderung. In diesem Sinne sind auch die Fische und das Wild (§. 295) Früchte des Jagd- und Fischereirechtes.

9) Savigny S. 102 und Unger S. 469 beschränken diesen Begriff auf die periodisch wiederkehrenden vermögensrechtlichen Vortheile.

10) L. 5. §. 3. D. 7. 9. Unger S. 469 Note 36.

11) Savigny S. 124, Unger S. 469.

12) Holzschuher I. S. 291.

Digitized by Google

sich daher zur gemeinschaftlichen Bezeichnung beider[13]) des Ausdrucks „Nutzungen“[14]).

Auch bei den Civilfrüchten muß zwischen bezogenen, nicht bezogenen und vernachlässigten Früchten unterschieden werden (§§. 330, 519, 335). Ein anderer wichtiger, sie betreffender Unterschied ist der zwischen fälligen und nicht fälligen (§§. 330, 1102), und der zwischen bloßem Gebrauch und der Benutzung im engeren Sinne (§. 1372).

Die Lehre von den Früchten ist insbesondere für jene Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit, in denen Jemandem der Fruchtbezug an einer fremden Sache zusteht, wie beim Nießbrauch (§. 509), beim Bestandverhältniß (§. 1090), der fideicommissarischen Substitution (§. 613), dem Familienfideicommiß (§. 631) u. a., indem diese Verhältnisse naturgemäß eine genaue Abgrenzung der dem Nutzungsberechtigten zustehenden Rechte erheischen. Sie ist außerdem auch wichtig für den Fall der Rückstellung einer nutzbaren Sache an den Eigenthümer (§§. 330, 824, 519), für den Fall der Tradition einer fruchttragenden Sache an einen Singularsuccessor (§§. 1050, 1051, 686), für die Lehre vom Eigenthumserwerb (§§. 330, 422 u. a.) u. s. w. In allen diesen Fällen gelten die für Früchte im Allgemeinen bestehenden Grundsätze mit den durch die Natur der Sache bedingten Modificationen auch für Civilfrüchte.[16]) Die Gleichheit ihrer rechtlichen Behandlung mit den natürlichen Früchten geht mitunter soweit, daß auch uneingehobene oder wenigstens nicht fällige Civilfrüchte nach jenen Grundsätzen behandelt werden, denen unabgesonderte, also noch eine Accession der Hauptsache bildende Naturalfrüchte unterliegen; sie theilen nämlich bei Veräußerungen, wie die Naturalfrüchte, das Schicksal der Hauptsache (§§. 663, 664).

Oft aber geht man weiter, und zieht den Schluß, daß Civil- und Naturalfrüchte in allen Rechtsverhältnissen nach gleichen Grundsätzen zu behandeln seien. Namentlich will die österreichische Gerichtspraxis[17]) und die Mehrzahl der Schriftsteller[18]) diese Gleichstellung auch auf den Fall der

---

13) Ausnahmsweise gebraucht das Gesetz zur gemeinschaftlichen Bezeichnung beider den Ausdruck Frucht: §§. 632, 643, 824, 912, 913, 1099, 1280; in anderen Stellen (§§. 295, 330, 405, 512, 519, 1103, 1107, 1122, 1176) bedeutet Frucht nur die Naturalfrucht. In welchem Sinne dieser Ausdruck im §. 457 zu nehmen sei, ist streitig.

14) Es ist nicht richtig, daß das b. G. B. den Ausdruck „Nutzungen“ jemals im engeren Sinne, im Gegensatze zu den Naturalfrüchten brauche, wie dies Unger S. 469 Note 39 von den §§. 330, 457, 519, 1101, 1103 behauptet. In den §§. 457 und 1101 kommt dieses Wort nicht einmal vor.

15) Unger S. 469, 470.

16) Holzschuher S. 291 A. 48.

17) Vgl. G. Z. 1852 Nr. 88, 1856 Nr. 131, 1872 Nr. 41, Tribüne 1862 Nr. 19 Z. 153; dagegen aber ebenda Z. 137 und 145, G. H. 1863 Nr. 10; in G. Z. 1863 Nr. 105 stehen drei Entscheidungen, von denen die erste die Bestandzinse von dem Begriffe des Zuwachses und Zubehörs (§. 457) ausschließt, während die beiden anderen sie darunter subsumiren; die letztere Ansicht auch in der Entsch. G. H. 1865 Nr. 98 (= G. Z. 1865 Nr. 100). [Die Mehrzahl der alleg. Entsch. bei Peitler Nr. 671, Riehl I. S. 420, Sammlung I. Nr. 96, II. Nr. 576, 587, 800, V. Nr. 2299, IX. Nr. 4407.]

18) Zeiller ad §. 457 Nr. 1, Nippel III. S. 490, Winiwarter II. S. 260, Ellinger ad §. 457, Stu-

Digitized by Google

Verpfändung der Hauptsache ausdehnen; mit anderen Worten man meint, das Pfandrecht an der Hauptsache ergreife nicht nur die unabgesonderten Naturalfrüchte, sondern auch die noch nicht eingehobenen Civilfrüchte, insbesondere die Pacht- und Miethzinse. Aber diese Meinung läßt sich nicht rechtfertigen. Sie mag hervorgerufen sein durch die Beobachtung, daß die Verpfändung der vormaligen Dominicalgüter sich auch auf die Urbarialbezüge erstreckte und die Verpfändung eines anliegenden Capitals auch dessen Zinsen ergreift. Gestützt wird sie durch den im §. 457 wiederholt gebrauchten Ausdruck: „bezogen", der sich auf Civilfrüchte beziehen soll. Die Unrichtigkeit dieser Auslegung ergibt sich aus den Worten des cit. §. 457: „Zuwachs, folglich auch auf die Früchte" — eine Redewendung, die nur auf die Naturalfrüchte bezogen werden kann. In der That würde diese Ansicht zu dem unerträglichen Ergebniß führen, daß der Pfandgläubiger eines verpachteten Grundstückes eine doppelte Pfandrechtserweiterung genießen würde: er könnte auf die Naturalfrüchte und auf den Pachtzins greifen. Der Ausdruck „bezogen" im §. 457 enthält nur eine überflüssige Häufung neben dem Worte „abgesondert". Die Ausdehnung des Pfandrechtes auf die Urbarialbezüge und Renten lag in der früheren Verfassung, wonach diese Rechte als unbewegliche Sachen behandelt wurden. Davon wird auch heut noch soviel wahr sein, daß wenn mit einem Grundstücke die Berechtigung auf den Bezug gewisser Renten verbunden wäre, diese ebenfalls dem Pfandrecht unterliegen würde, aber nicht darum, weil sie eine Frucht wäre, sondern weil sie als Nebenrecht das Schicksal des Hauptrechtes zu theilen hat. Ebenso erscheinen auch die Zinsen eines verpfändeten Capitals nur als Erweiterung, Modification der verpfändeten Hauptforderung.

§. 98. Sachgesammtheiten.

Im rechtlichen Verkehr kommt es häufig vor, daß eine Mehrheit für sich bestehender Sachen, die vermöge der Gleichheit ihrer Bestimmung zusammengehören und daher auch unter einem gemeinschaftlichen Namen befaßt zu werden pflegen, wie Eine Sache behandelt wird, z. B. eine Herde, eine Bibliothek, ein Waarenlager, ein Viergespann u. s. w. Man nennt ein solches Begriffsganze eine Gesammtsache oder Sachgesammtheit[1]) (universitas rerum distantium[2]), und behauptet häufig, daß in gewissen Rechtsverhältnissen nur diese Gesammtheit, nicht die einzelnen darin enthaltenen Stücke, das eigentliche Rechtsobject sei.[3]) Dieses manifestire sich darin,

---

benrauch II. S. 72. A. A. scheint Unger I. S. 469 Note 39 und S. 465 Note 24.

1) Unger S. 471, 457, Puchta §. 35, Arndts §. 48.

2) Auch bloß nniversitas rerum; vgl. Marg. R. zu §. 302 b. G. B.

3) Das ist auch jetzt noch die herrschende gemeinrechtliche Lehre. Vgl. Arndts und Puchta a. a. O. Bangerow I. S. 125, 126, Keller S. 83, 84 u. A. L. 30. pr. D. 41. 3, dazu Keller §. 45, Puchta §. 37. Vgl. L. 70. §. 3. D. de usufr. 7. 1.

Digitized by Google

daß die Sachgesammtheit, gleich der Corporation[4]), trotz des Wechsels der einzelnen Stücke immer dieselbe bleibe[5]), und daß sich das bestimmte Rechtsverhältniß nur hinsichtlich der in der Gesammtheit befindlichen, nicht auch der aus derselben geschiedenen Stücke äußere.[6]) Ueberdies schied man von alten Zeiten her die Sachgesammtheiten in universitates juris und facti[7]); unter den ersteren verstand man Inbegriffe körperlicher und unkörperlicher Sachen, wohin man das Vermögen, die Erbschaft, die Peculien[8]) u. s. w. rechnete; die univ. facti dagegen sollte nur solche Begriffsganze enthalten, die bloß aus körperlichen Sachen bestehen. Zwischen beiden Spezies sollte der praktische Unterschied obwalten, daß für erstere, nicht auch für letztere der Grundsatz gelte: Pretium succedit in locum rei et res in locum pretii; ebenso sollte bei ersteren, nicht auch bei letzteren eine dingliche Universalklage zulässig sein.

Die alte Theorie der Gesammtsachen ist in ihren Grundzügen auch in das österr. G. B. übergegangen; es stellt im §. 302 die Definition auf: „Ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet" — und enthält in den §§. 427, 452 und 481 die Bestimmung, daß Gesammtsachen Gegenstand der Eigenthumstradition, der Verpfändung und der Servitutenbestellung sein können; darum wird oft gelehrt, daß eine Gesammtsache als solche vermacht und veräußert werden, und daß sie als solche Gegenstand des Eigenthums, des Pfandrechtes und Fruchtgenusses sein könne.[9]) Den Unterschied zwischen universitas juris und facti mit seinen rechtlichen Wirkungen, welcher heutzutage auch in der gemeinrechtlichen Literatur ganz aufgegeben ist[10]), behandelt das b. G. B. nicht[11]);

4) Man sieht also, wie in der Corporation ein fingirtes Rechtssubject, in der Gesammtsache ein fingirtes Rechtsobject. Vgl. Unger S. 477, 478.

5) L. 76. D. de jud. 5. 1: . . partibus commutatis eadem res esse existimaretur . . Vgl. auch L. 34. pr. D. de pign. 20. 1.

6) L. 34. pr. cit.

8) Puchta §. 35, Note d, Vangerow I. S. 123, Unger S. 471.

8) Hier werden unter Sachen also auch die unkörperlichen verstanden, was schon an sich nicht unter den Begriff der universitas rerum distantium paßt. Der Ausdruck universitas paßt darauf ohne weiteres (Savigny Syst. I. S. 378); selbst gegen den Ausdruck universitas juris ist, obwohl er nicht quellenmäßig ist, nichts einzuwenden, nur muß man sich hüten, für diese willkürlich zusammengestellten universitates juris gemeinschaftliche Regeln aufzustellen (Savigny a. a. O.). — Ueber die dos als universitas vgl. Gerber §. 235 Note 3.

9) So Nippel III. S. 460, Stubenrauch I. S. 623, II. S. 83, Berger Krit. Beitr. S. 167, selbst Unger S. 487 Note 62, S. 447, 483 Note 43.

10) Vgl. vorzüglich Mühlenbruch obs. jur. rom. spec. I. (1818), und „über die sog. juris et facti univ." im Civ. Archiv XVII. (1834) S. 321 f., Hasse ebda. V (1822) S. 1 f. Wächter Erört. I. Nr. 1 (1845). Letzterem folgen Unger S. 470—488 und Heimbach im Rechtslexicon IX. S. 483—496. — Das Richtige ist, daß die im Text erwähnten, den universitates juris zugeschriebenen, eigenthümlichen Rechtswirkungen nur Einer derselben, nämlich der Erbschaft zukommen. Vgl. Vangerow S. 123 f.

11) Wohl aber behandelt es die der Erbschaft zukommenden Eigenthümlichkeiten, die nach der älteren Ansicht allen univers. juris angehören sollen, in den §§. 823, 824.

Digitized by Google

hier ist daher nur zu untersuchen, ob die Gesammtsache als solche wirklich Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein könne.

Die Fälle, in denen, ähnlich der Corporation als ideellem Rechtssubject, die Gesammtsache als ideelles Rechtsobject hervortreten soll, sind im Einzelnen: das Vermächtniß, die Eigenthumstradition, die Bestellung des Pfandrechts und der Servituten, insbesondere des Fruchtgenusses. Für alle diese Fälle läßt sich aber, wie schon Unger[12]) und namentlich Exner[13]) scharfsinnig nachgewiesen haben, auf das Klarste darthun, daß nicht die Gesammtsache als solche, sondern nur die einzelnen darin begriffenen Stücke das wahre und unmittelbare Object der betreffenden Rechtsverhältnisse sind, und daß es nur eine abkürzende Redeweise ist, wenn man, wie das gewöhnlich geschieht, die Gesammtsache als das Rechtsobject bezeichnet.[14])

1) Vermacht[15]) Jemand einem Dritten z. B. sein Waarenlager ohne nähere Bestimmung, so ist es zwar richtig, daß das Vermächtniß aufrecht bleibt, wenn auch in der Zeit, die zwischen seiner Errichtung und dem Tode des Erblassers liegt, das Waarenlager in vielen oder in allen seinen Bestandtheilen gewechselt haben sollte; es gewinnt also allerdings den Anschein, als ob das Waarenlager als solches, und nicht die einzelnen Stücke, aus denen es besteht, den Gegenstand des Vermächtnisses ausmachte; allein der Grund dieser Erscheinung liegt nur darin, daß es der präsumtive Wille des Erblassers war, daß nur jene Stücke als vermacht gelten sollen, welche zur Zeit seines Todes zum Waarenlager gehören.[16]) Ließe sich beweisen, daß der Wille des Erblassers nur auf die zur Zeit der Errichtung des letzten Willens vorhandenen Waarenvorräthe gerichtet war, und würde er sie vor seinem Tode veräußert haben, so wäre das Vermächtniß aufgehoben (§. 724), wenn auch das Waarenlager an sich, weil es neu completirt wurde, noch immer vorhanden wäre.

2) Wird eine Gesammtsache, z. B. ein Waarenlager, veräußert, so ist dies eine Veräußerung der einzelnen dazu gehörigen Stücke, und es steht

12) System I. S. 470—488. Indessen bezieht sich seine Beweisführung mehr auf das gemeine, als auf das österr. R., für welches letztere er (oben Note 9) allerdings noch die theilweise Geltung der alten Doctrin in Anspruch nimmt. Von diesem seinem Standpunkt aus erscheint es als ein Widerspruch, wenn er S. 475 den §. 302 für einen wirkungslosen Nachklang der älteren Theorie erklärt.

13) Tradition S. 215 f.

14) Nach röm. R. muß allerdings zuweilen die Gesammtsache als solche als eigentliches Rechtsobject angesehen werden, was denn auch zahlreiche Quellenbelege ergeben und die meisten Romanisten lehren. Beweisend dafür ist schon die Thatsache, daß das röm. R. ein Generalpfandrecht anerkennt, das im österr. R. fehlt. Wann aber nach röm. R. die Gesammtsache das eigentliche Rechtsobject, und wann sie nur eine abgekürzte Bezeichnung der einzelnen Stücke sei, das läßt sich nicht im Allgemeinen bestimmen. Bangerow S. 125, 126, Keller S. 84. Nur soviel läßt sich im Allgemeinen sagen, daß sich Besitz und Eigenthum niemals auf das Begriffsganze, sondern nur auf die einzelnen Stücke beziehen; allerdings aber kann das Begriffsganze Gegenstand des Legates, des Verkaufes, des Pfandrechtes und des Fruchtgenusses sein. Keller S. 84 und Note 11.

15) Fälle von Vermächtnissen einer Gesammtsache enthalten z. B. die §§. 674, 675, 677.

16) Unger S. 478, 479. Vgl. §. 675 b. G. B.

Digitized by Google

dem Veräußerer nicht zu, etwa unter dem Vorwande, es sei nur eine Gesammtsache veräußert worden, einzelne Stücke durch andere zu ersetzen, und diese statt jener zu tradiren.[17]) Es ist zwar richtig, daß die Veräußerung wegen Abganges oder Fehlerhaftigkeit einzelner Stücke regelmäßig nicht angefochten werden kann, daß der Veräußerer diesfalls überhaupt regelmäßig nicht haftet (§. 930); allein dies ist nicht die Wirkung einer Veräußerung der Gesammtsache als solcher, sondern Wirkung der Natur des sog. Aversionalgeschäftes.[18])

3) Was die Tradition einer veräußerten Gesammtsache anbelangt, so wird zwar die Gesammtsache im §. 427 unter jene Sachen gezählt, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, und daher durch Zeichen übergeben werden müssen; allein es ist nirgends ausgesprochen, daß dadurch nur die Gesammtsache und nicht die einzelnen darunter begriffenen Stücke als tradirt anzusehen und somit nur die erstere, nicht die letzteren das unmittelbare Object des Eigenthumserwerbes geworden seien.[19]) In Wahrheit sind dieses Object nur die einzelnen Stücke; denn wird das Veräußerungsgeschäft aus was immer für einem Grunde rescindirt, so sind dem Rückfordernden nur die zur Zeit der Tradition in der Gesammtsache befindlich gewesenen, nicht auch die später dazu gekommenen Stücke zurückzustellen. Daraus folgt, daß es auch keine Vindication der Gesammtsache als solcher gibt.[20])

Das eben Gesagte gilt auch, wenn es sich um die Tradition einer Gesammtsache in den Fällen der §§. 451 und 481 handelt.

4) Man behauptet ferner, eine Gesammtsache könne als solche Gegenstand des Pfandrechtes sein, mit der Rechtswirkung, daß die aus derselben heraustretenden Stücke vom Pfandnexus frei, die hinzutretenden aber davon ipso jure ergriffen werden[21]), und man beruft sich dafür, abgesehen vom §. 452 insbesond. auf das Pfandrecht am Wirthschaftsinventar (§§. 296, 457)[22]), und an den Illaten und Invecten des Miethers (§. 1101). Allein auch hier sind Gegenstand des Pfandrechts immer nur die einzelnen zum Begriffsganzen gehörigen Stücke.[23]) Das an dem Wirthschaftsinventar bestehende Pfandrecht ist eine Folge der Pertinenzqualität der einzelnen Stücke[24]), nicht ihrer Zugehörigkeit zum Begriffsganzen, und bei den Illaten und Invecten des Miethers ist ausschlaggebend die gesetzliche Bestimmung, daß nur die eingebrachten und zur Zeit der Klage noch im Miethobject befindlichen Fahrnisse als verpfändet gelten, die früher weggebrachten also vom Pfandnexus befreit sein sollen (§. 1101)[25]). Die Ausübung des Pfandrechtes durch

---

17) Unger S. 481, 482.

18) Unger S. 482 und Note 40. Mit Unrecht leitet Bangerow S. 126 lit. c. diese Erscheinung aus der Natur der universitas ab.

19) Diese Folgerung zieht — mit Unrecht — Unger S. 483 Note 43 aus dem §. 427.

20) Unger S. 484.

21) L. 34. pr. D. de pign. 20, 1. Vgl. Heimbach im Rechtslex. VIII. S. 9, 10. Unger S. 486.

22) So auch Unger S. 447.

23) Wehli in der G. H. 1869 Nr. 7.

24) Vgl. oben §. 96.

25) Das Pfandrecht ist also hier an eine (ganz ungewöhnliche) Bedingung gebunden.

Digitized by Google

gerichtliche Veräußerung findet in dem einen, wie in dem anderen Falle nur an den einzelnen bestimmten Stücken, nicht aber an der Gesammtsache als solcher statt.

Verpfändet ferner Jemand sein Waarenlager im Ganzen, was nach österreichischem Recht nur in der Form des Faustpfandes, d. i. durch Vornahme einer Handlung, die den Gläubiger in die Möglichkeit ausschließlicher Verfügung über die verpfändete Sache versetzt, geschehen kann, so kommt alles auf die dabei getroffenen Nebenverabredungen an.[26]) Wurden solche nicht getroffen, so gelten die einzelnen Waarenstücke mit der Rechtswirkung als verpfändet, daß sie im Allgemeinen (doch vgl. §. 456) auch im Falle ihrer unberechtigten Veräußerung an Dritte verpfändet sind.[27]) Sollte hingegen verabredet worden sein, daß dem Schuldner die Veräußerung der Waarenvorräthe unter fortwährender Aufsicht des Gläubigers gestattet bleibe, daß dafür aber auch die neu angeschafften und in das Waarenlager eingestellten Stücke als verpfändet gelten sollen, so hört das Pfandrecht an den veräußerten Stücken allerdings sofort auf, und es hat daher den Anschein, als ob hier nur die Gesammtsache verpfändet sei; allein thatsächlich sind auch hier nur die einzelnen Stücke verpfändet; das Erlöschen des Pfandrechts an den veräußerten Stücken ist nur eine Folge der zwischen Gläubiger und Schuldner getroffenen Verabredung und das Ergriffenwerden der neu eingestellten Stücke durch das Pfandrecht die Wirkung einer neuen Tradition. Beweisend für diese Auffassung ist insbesondere das Hofd. v. 3. Juni 1846 Nr. 968 J. G. S., welches die Pfändung einer Erbschaft als einer Gesammtsache für unzulässig erklärt.[28]) Endlich

5) behauptet man, eine Gesammtsache könne Object eines Fruchtgenusses werden[29]), was insbesondere dann eintrete, wenn eine ganze Erbschaft zum Fruchtgenusse bestellt wurde (vgl. §. 1255 f.), indem hier bei der Vergänglichkeit einzelner Verlassenschaftsstücke, z. B. des Wirthschaftsinventars, der Kleidungsstücke u. s. w. für den Fruchtnießer nur die Verbindlichkeit begründet werde, die abgängig gewordenen Stücke der Gesammtsache durch andere zu ersetzen[30]); restituire er so, so gelte die Gesammtsache trotz des Wechsels der einzelnen Stücke als zurückgestellt, und es sei somit die Gesammtsache das eigentliche Object des Fruchtgenusses. Allein der Fruchtnießer ist im Allgemeinen verpflichtet, eben jene Stücke, die ihm zum Fruchtgenuß übergeben wurden, zurückzustellen (§§. 509, 518); wo dieses

---

26) Ellinger ad §. 452, Bangerow S. 126 lit. b.

27) A. A. vom Standpunkte des österr. Rechtes ist Unger S. 487 Note 62. — In einem (G. H. 1866 Nr. 1) Rechtsfalle [= Riehl I. S. 507) hatte der Schuldner dem Gläubiger seine Druckerpresse und Utensilien mit Inbegriff der in Zukunft an die Stelle tretenden Maschinen und Utensilien als Gesammtpfand durch Uebergabe der Schlüssel des Lokals an einen Bevollmächtigten des Gläubigers, aber mit Vorbehalt eigenen Gebrauchs der verpfändeten Sachen bestellt. Alle Instanzen erachteten diese Pfandbestellung für wirksam.

28) Vgl. Berger S. 168. Der eigentliche Grund dieses Rechtssatzes liegt übrigens in der Unzulässigkeit eines Generalpfandes.

29) Unger S. 480.

30) L. 68. §. 2. D. de usufr. 7. 1, vgl. auch L. 69. 70. §. 3. cod. Keller S. 84 Note 11.

Digitized by Google

wegen der allmählig eintretenden Consumtion nicht möglich ist (also nicht nur bei dem Fruchtgenuß an Gesammtsachen), bleibt nichts anderes übrig, als ihm den Ersatz des Aequivalentes aufzulegen. Das aber ist nur ein Hilfsmittel, nach welchem gegriffen werden muß, weil es ein anderes nicht gibt. Dazu kommt noch, daß wo die Gegenstände, die zum Nießbrauch bestimmt sind, verbrauchbar sind, das an ihnen entstehende Rechtsverhältniß kein wahrer, sondern der Quasiususfruct ist (§. 510), der thatsächlich gar kein Fruchtgenuß, sondern nur eine Obligation ist.[31])

§. 105. Gänzliches Fehlen des zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willens im Allgemeinen.

Es kann eine Willensäußerung vorliegen, trotzdem aber der derselben entsprechende Wille mangeln. In solchem Falle entsteht regelmäßig kein Rechtsgeschäft, weil dem letzteren ein wesentliches Erforderniß fehlt.[1]) Die vorzüglichsten Fälle, in denen bei vorhandener Willenserklärung gleichwohl der Wille fehlt, sind die nicht ernstlichen, scherzhaften Aeußerungen[2]), Erklärungen des Beispiels halber (z. B. beim Rechtsunterricht oft vorkommend), dramatische Darstellungen und gewisse Fälle des Zwanges, wie z. B. wenn Jemand durch Drohungen genöthigt wird, eine Urkunde zu unterschreiben, deren Inhalt ihm ganz unbekannt ist.[3]) Auch der Fall gehört hieher, wenn Worte, die an sich den vollendeten Willen auszudrücken fähig sind, gebraucht werden als Ausdruck des unentschiedenen Zustandes z. B. als gelegentliche Aeußerungen, wen man zum Erben einzusetzen beabsichtige.[4]) Alle diese Fälle ermangeln der Ernstlichkeit des Willens, und darum enthalten sie kein giltiges Rechtsgeschäft (§§. 869, 565.). Der in der Willenserklärung ausgedrückte Wille ist aber auch nicht vorhanden bei jenen Geschäften, welche nur zum Schein errichtet werden, um dritte Personen (allenfalls über den Inhalt eines anderen gleichzeitig wirklich errichteten Geschäftes) zu täuschen (Simulation, Scheingeschäfte). Die Absicht ist hier meistens eine unredliche, z. B. die, einen verbotenen Vertrag (§§. 994, 1071, 1372 u. a.), der in einen solchen Scheinvertrag eingekleidet wird, oder eine naturalis

31) Von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet die Sache Unger S. 480, 481.

1) Wenn z. B. in der verborgenen Lade eines Kastens, den man Jemandem geschenkt hat, eine Geldsumme gefunden wird, so umfaßt die Schenkung das Geld nicht; oder Jemand unterschreibt ein Papier in bianco in der Absicht, eine Vollmachtserklärung über seine Unterschrift zu setzen; wenn nun eine Anderer einen Schuldschein über die Unterschrift schreibt, so ist der Schuldschein ungültig.

2) Vgl. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 15 [= Sammlung VIII. Nr. 3672].

3) Savigny S. 260, 261. In diesem besonderen Falle des psychologischen Zwanges wird nicht, wie in §. 55 und 870 vorausgesetzt ist, der Wille, sondern das bloße Zeichen des Willens durch die Drohung hervorgerufen. Auch davon verschieden ist der Fall des mechanischen Zwanges, wie z. B. wenn Jemand die Hand eines Anderen ergreift und sie zur Unterschrift führt; hier fehlt auch das Zeichen des Willens.

4) Savigny S. 259, 260. L. 24. D. de test. mil. 29, 1. Darauf beruht auch die Lehre vom animus testandi.

Digitized by Google

obligatio (z. B. §. 45 b. G. B., Entsch. G. Z. 1872 Nr. 41 [= Sammlung IX. Nr. 4419]) zu verhüllen; doch kann sie allerdings auch redlich sein.[5]) Regelmäßig[6]) liegen im Falle der Simulation zwei Geschäfte vor; ein wahres, wirklich gewolltes, und ein simulirtes; dem letzteren fehlt der Wille, es kann daher nicht zu Recht bestehen (§§. 565, 869); ob das wirklich beabsichtigte gilt, ist aus dessen Beschaffenheit zu beurtheilen (§. 916).[7]) Jedenfalls zieht das zum Zwecke der Bevortheilung eines Dritten unternommene Scheingeschäft Ersatzpflicht nach sich (§. 869 a. E.).[8])

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen ungeachtet des mangelnden Willens das Geschäft gilt, indem dessen Existenz kraft Gesetzes fingirt wird.[9]) Hieher gehört insbesondere bei Verträgen der Fall eines wesentlichen (also den Willen ausschließenden) Irrthums, dessen Existenz dem Gegencontrahenten unbekannt ist (§. 876)[10]), ferner der Fall des §. 915, wonach bei entgeltlichen Geschäften ein zweifelhafter Ausdruck zum Nachtheile Desjenigen auszulegen ist, der sich desselben bedient hat, mag diese Auslegung auch mit seinem Willen nicht übereinstimmen. Es liegt diesen Rechtssätzen die Betrachtung zu Grunde, daß, da der Wille nicht Gegenstand unmittelbarer Beobachtung sein kann, auf dessen Existenz nur aus äußeren Zeichen, namentlich aus der Erklärung dessen, der sie gesetzt hat, geschlossen werden kann, und daß der auf diesem Wege erschlossene Wille, soll nicht alle Rechtsordnung untergraben werden, selbst dann als existent angesehen werden muß, wenn sich nachträglich herausstellt, daß der fragliche Wille thatsächlich nicht

---

5) Savigny S. 262 Note h. Man will z. B. Dritte in die wahre Sachlage nur nicht einweihen u. dgl.

6) Nicht immer; man denke an die seinerzeit vorgeschriebenen Sustentationsreverse für Privatstudirende und unbesoldete Staatsbeamte, die oft nur Scheingeschäfte waren.

7) Ist es erlaubt und fehlt es ihm an keinem wesentlichen Erforderniß, so wird es gelten; im entgegengesetzten Falle (z. B. Verkleidung des verbotenen antichretischen Vertrages in einen Pacht- oder Wiederkaufsvertrag) wird es ungültig sein. Savigny S. 261, 262. Unger S. 119; vgl. Cod. 4. 22. — Einen besonderen, hieher gehörigen Fall behandelt besonders das Gebührengesetz §. 86. Wird bei einem Gutskaufe zur Verkürzung des Aerars in der Verkaufsurkunde ein geringerer als der wahre Kaufpreis angesetzt und der wahre in einem Reverse ausgedrückt, oder wird über den im Kaufsinstrumente verschwiegenen Rest des Kaufpreises eine Schuldurkunde ausgestellt, so sind sowohl der schriftliche Kaufvertrag als die Schuldurkunde Scheingeschäfte und daher, den Grundsätzen des Textes entsprechend, unwirksam. Der erwähnte Revers dagegen enthält das wirklich beabsichtigte Geschäft nach seinem wahren Inhalt; er müßte also nach allgemeinen Grundsätzen gültig sein. Gleichwohl erklärt §. 86 cit. auch ihn für „nichtig und ohne Rechtswirkung". Hieraus folgt aber keineswegs die Nichtigkeit des (mündlich geschlossenen) Kaufgeschäftes selbst. Nach dem Wortlaut des §. 86 cit. ist nur der Revers (die Urkunde) nichtig, der Kauf aber bleibt aufrecht und es kann auf Grund des mündlich geschlossenen Kaufes (also nicht in dem Falle des §. 884 b. G. B.) auf Erfüllung geklagt werden. Entsch. G. H. 1868 Nr. 72 [= Sammlung VI. Nr. 2992]. Vgl. Kitka G. Z. 1856 Nr. 116, 117, dessen Ausführungen jedoch nicht durchaus zu billigen sind.

8) Vgl. den Rechtsfall bei Zeiller §. 869 Nr. 4, Note 1.

9) Ueber die römisch-rechtlichen Fälle vgl. Savigny S. 253—257, Keller S. 111, Unger II. S. 109 Note 17.

10) Unger S. 109 Note 17 und S. 126.

Digitized by Google

vorhanden war.[11]) Auf diesem Gesichtspunkte beruht auch die Lehre von stillschweigenden Willenserklärungen (concludenten Handlungen §. 863), und von der Zulässigkeit des Beweises einer bestimmten Willensrichtung aus äußeren Umständen (§§. 37, 368 u. a.), in welchen Fällen zuweilen ein Gegenbeweis gleichfalls nicht zugelassen wird.[12])

Aus diesen, im G. B. unzweifelhaft enthaltenen Sätzen läßt sich nun auch der in demselben weniger klar ausgesprochene Satz erschließen, daß die sog. Mentalreservation unwirksam sei. Darunter versteht man eine äußerlich nicht erscheinende Differenz des Willens von der vorliegenden Willenserklärung (Propositum in mente retentum nil operatur in jure).[13]) Gleichermaßen ergibt sich der, auch in der Praxis anerkannte Satz, daß selbst ein Scheingeschäft in Bezug auf Dritte, die dasselbe für ein ernstliches hielten und daraus von dem das Scheingeschäft Schließenden Rechte ableiten, als ein wahres angesehen werden muß (arg. §. 869 a. E.).[14])

Aus dem Gesagten ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob allgemein lautende Willenserklärungen[15]) im Zweifel auf alle unter den Wortlaut

---

11) Beim Scherz und der Simulation kann die Erklärung nicht als Beweis des Willens gelten, weil schon zur Zeit der Erklärung klar vorliegt, daß sie nicht gewollt ist. — Auch Unger S. 125 führt mit Berufung auf Zeiller als legislativen Grund des §. 876 an, daß nach der Ansicht der Verfasser des b. G. B. der Paciscent des Irrenden „ein Recht habe, die Willenserklärung für eine wahre zu halten." — Das röm. R. entscheidet bekanntlich im Falle des wesentlichen Irrthums anders; der Grund, warum es nicht, wie bei der Mentalreservation, die Willensäußerung als untrügliches Kennzeichen des Willens ansieht, liegt darin, daß bei wesentlichem Irrthum der Irrende nicht die Schuld daran trägt, daß sein Wille nicht der Aeußerung conform ist. Auch das österr. R. folgt der römischen Auffassung bei letztwilligen Anordnungen (§. 570) und Eheverträgen (§§. 57, 58). — Jedenfalls fordert das österr. Recht, daß die Erklärung erweislich vom Erklärenden selbst ausgehe. Darum gilt ein gefälschter Schuldschein nicht einmal dem schuldlosen Dritten gegenüber als Schuldschein.

12) Unger S. 106, 107.

13) Savigny S. 258, Unger II. S. 117 Note 2, welche übrigens als einzigen Grund angeben, daß alle Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit der die Willenserklärung bildenden Zeichen beruht. Vgl. ferner c. 26. X. de sponsal. 4. 1. — Der Unterschied zwischen Mentalreservation und Scheingeschäft besteht darin, daß bei dem letzteren der Mangel des Willens auch dem Gegentheil des Handelnden bekannt ist; vgl. Keller S. 112.

14) Die Genugthuung, von welcher §. 869 cit. spricht, bezeichnet nach §. 1323 die Verbindlichkeit zur Versetzung in die vorige Lage, oder, wenn das nicht möglich ist, die Leistung des Geldwerthes. Würde z. B. A dem B nur aus dem Grunde, um ihn Dritten gegenüber reicher erscheinen zu lassen, eine Schuldurkunde ausstellen, und B diese Forderung an den C cediren, der von dem Scheingeschäfte nichts weiß, so wäre A dem C allerdings zur Zahlung verpflichtet, denn dem C gegenüber ist das Geschäft giltig. Vgl. Zeiller ad §. 869 Nr. 4, Entsch. G. H. 1863 Nr. 2 (= G. Z. 1863 Nr. 140 [= Sammlung II. Nr. 827]). Ein ähnlicher Fall in den Blättern für Rechtsanw. in Bayern XVIII. S. 107: A hatte dem B eine Staatsobligation, die auch im Staatsschuldenbuche auf B umschrieben wurde, zum Schein cedirt, B cedirte sie an den vom Scheingeschäft nichts wissenden C. A vindicirte die Obligation vom C, die Klage wurde als an sich begründet angesehen, jedoch angenommen, daß ihr doli exceptio entgegenstehe. Birkmeyer die exc. im b. f. judic. S. 311.

15) Gemeint sind jedoch nur Willenserklärungen, die nicht so allgemein lauten,

Digitized by Google

subsumirbare Fälle zu beziehen seien, von selbst. Die Frage ist im Allgemeinen unzweifelhaft zu bejahen (§§. 914, 655); eine Ausnahme machen aber jene Fälle, bezüglich welcher es dem andern Theile schon zur Zeit der Erklärung bekannt war, daß der Erklärende unmöglich daran gedacht haben könne; denn bezüglich solcher kann ihm ebensowenig wie bei Scherz und Simulation die Erklärung als Beweis ernstlichen Willens gelten.[16]) Auf diesem Gedanken beruht insbesondere die Bestimmung des §. 1389 über allgemein lautende Vergleiche[17]), ferner §§. 930, 1396 u. a. Besondere Interpretationsregeln für derartige Fälle enthalten die §§. 666, 668, 674—683, 915, 1008, 1177. —

Besondere Fälle des mangelnden Willens bei vorhandener Willensäußerung bilden der wesentliche Irrthum und das sog. Mißverständniß. Von diesen soll nun gehandelt werden.

§. 106. Wesentlicher Irrthum.

Irrthum ist eine unrichtige Vorstellung von einer Sache, Unwissenheit hingegen Mangel einer bestimmten Vorstellung. Insofern jedoch jede unrichtige Vorstellung zugleich den Mangel einer bestimmten Vorstellung involvirt, sind Irrthum und Unwissenheit gleichbedeutend, und werden auch in juristischer Beziehung gleich behandelt.[1])

Man unterscheidet zwischen Rechts- und Thatirrthum (ignorantia juris und facti), je nachdem sich die Unwissenheit oder falsche Vorstellung auf das Recht im objectiven Sinne oder auf einen factischen Zustand, eine Thatsache bezieht[2]); ferner zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum — Ausdrücke, deren Bedeutung selbstverständlich ist.[3]) Im Allgemeinen rechnet man den Rechtsirrthum zu dem unentschuldbaren.[4])

Der Irrthum greift in die verschiedensten Rechtsverhältnisse gestaltend ein. Das Nähere darüber ist jedoch bei den einzelnen Rechtsinstituten darzustellen und hier nur der Einfluß des Irrthums auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte zu erörtern. In dieser Beziehung sind zuoberst folgende Fälle des Irrthums zu unterscheiden: Entweder schließt der Irrthum das Dasein des Willens oder der Willenseinigung aus, und heißt dann wesentlicher Irrthum (error essentialis)[5]), — oder der Wille ist trotz des Irrthums vorhanden (außerwesentlicher oder unwesentlicher Irrthum,

daß sie der erforderlichen Bestimmtheit (§. 869) ermangeln.

16) Vgl. Ihering Sammlung von Rechtsfällen Nr. 65 (Verkauf eines Waarenspeichers „mit Allem, was darin ist").

17) Z. B. A und B vergleichen sich über alle zwischen ihnen bestehenden Forderungen und Gegenforderungen. A weiß aber nicht, daß B ihn bei einem dieser Geschäfte empfindlich betrogen hat. Auf diese Forderung ist der Vergleich nicht zu beziehen.

1) Savigny III. S. 111, 326, Unger II. S. 32. Vgl. auch die §§. 2 und 1431 b. G. B., wo diese Ausdrücke als gleichbedeutend aufgefaßt werden.

2) Savigny S. 114, 326, 333, 336 bis 340, Unger S. 33.

3) Savigny S. 114, Vangerow I. S. 138, Unger S. 34.

4) Savigny S. 114, Vangerow S. 139 f., Arndts §. 62, L. 9. pr. D 22. 6.

5) Arndts §. 62, Savigny S. 268, 302, Vangerow III. S. 277, Unger II. S. 120, Puchta §. 65, Keller §. 56.

Digitized by Google

error concomitans). Der gewöhnlichste Fall des letzteren ist der, wenn der Wille unter dem Einflusse eines irrigen Beweggrundes steht, wo er dann Irrthum im Beweggrunde oder Motivirrthum genannt wird.[6]) Der Motivirrthum schließt das Dasein des Willens nicht aus, sondern beengt nur die Freiheit desselben, indem der Wille von einer irrigen Vorstellung beherrscht wird[7]); daher ist vom Motivirrthum erst in der Lehre von der Freiheit des Willens zu handeln.

Ein wesentlicher Irrthum ist vorhanden, wenn der sich Aeußernde das Object oder das Subject des werdenden Rechtsverhältnisses oder beides verfehlt hat[8]) (§. 570; error in corpore[9]), error in persona)[10]), wie wenn z. B. Jemand das corpus juris canonici wünscht, sich aber verspricht oder verschreibt und das corpus juris civilis verlangt, oder wenn Jemand, des Willens, einen Bettler zu beschenken, sich vergreift und ihm statt eines Kreuzers einen Dukaten gibt, oder wenn ein der Person A. zugedachtes Geschenk durch eine Namensverwechslung an B. gelangt, oder wenn Jemand eine Urkunde unterschreibt, die ihm an einer anderen Statt unterschoben oder unrichtig vorgelesen wurde. In allen solchen Fällen fehlt der der vorliegenden Aeußerung entsprechende Wille, und wenn in Folge dessen das Geschäft ungiltig ist, so ist der Grund davon nicht der, weil man geirrt, sondern der, weil man nicht gewollt hat.[11]) Savigny nennt auch darum den wesentlichen Irrthum einen unechten.

Ein besonderer Fall des wesentlichen Irrthums ist der Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft der Sache[13]), welche Object, oder der Person, welche Subject des Rechtsverhältnisses werden soll. Wesentlich ist die Eigenschaft nach österreichischem Rechte, wenn sie das Hauptmotiv des Ge-

---

6) Savigny S. 112, Keller §. 56, Bangerow III. S. 290, Unger II. S. 51.

7) Arndts §. 62.

8) Savigny S. 267 zählt folgende Fälle, die den Gegenstand dieses Irrthums bilden können, auf: a) der Irrthum kann sich beziehen auf den Inhalt des Willens im Ganzen (z. B. wenn Jemand eine Urkunde unterschreibt, die ihm statt einer andern unterschoben oder unrichtig vorgelesen wurde); b) der Irrthum kann sich beziehen auf einzelne Theile des Willens und zwar 1) auf die Natur des Rechtsverhältnisses (A verspricht dem B zu leihen, dieser versteht es von einer Schenkung); 2) auf die im Rechtsverhältnisse uns gegenüber stehende Person; 3) auf die Sache, die den Gegenstand des Verhältnisses bildet. Vgl. auch Puchta §. 65, Arndts §. 238, 239, Keller §. 58, Unger S. 122. — Diese Uebersicht stimmt mit der im Text gegebenen überein; denn ein Irrthum über die Natur des Rechtsverhältnisses ist thatsächlich ein Irrthum über das Rechtsobject, da die Verschiedenheit der Verpflichtung eben die Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses begründet; und ebenso ist ein Irrthum über den Inhalt des Willens im Ganzen factisch ein Irrthum über Object und Subject.

9) Savigny S. 263—276, Bangerow III. S. 277, Unger S. 122.

10) Auch error in corpore hominis genannt, Unger S. 122 L. 9. pr. D. de hered. instit. 28. 5.

11) Savigny S. 263, Unger S. 121, Bangerow I. S. 136.

12) System III. S. 264, 444; Arndts §. 62 Anm. 4 findet diese Bezeichnung nicht passend.

13) Der sog. error in substantia, ein Ausdruck, der aber nicht quellenmäßig ist. Vgl. Unger S. 124 Note 19a, Savigny S. 276—302, Bangerow III. S. 281—287.

Digitized by Google

schäftes ist, und dies ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wurde[14]) (§. 871: „wenn die Absicht vorzüglich darauf gerichtet und erkläret worden"). Weder der Umstand allein, daß das Augenmerk vorzugsweise darauf gerichtet wurde, noch die bloße Nennung der Eigenschaft für sich allein macht dieselbe zu einer wesentlichen, sondern es muß beides zusammentreffen. Es ist also ein wesentlicher Irrthum, wenn z. B. Jemandem ein vergoldetes Gefäß als vermeintlich goldenes, eine Copie als Originalgemälde, ein altes Kleidungsstück als ein neues verkauft wird, immer vorausgesetzt, daß die Absicht des Käufers auf die letzteren Eigenschaften gerichtet war und dem Verkäufer bekannt gemacht wurde, widrigens der Irrthum nur ein unwesentlicher wäre. Ebenso wäre der Irrthum wesentlich, wenn man sich mit demjenigen, den man irrthümlich für den Erben hielt, über eine Erbschaftsforderung vergliche, weil hier die Erbenqualität wesentlich ist und wenigstens stillschweigend vorausgesetzt wird. Als wesentlich aber wird der Irrthum in diesen Fällen angesehen, weil der Wille thatsächlich auf eine Sache von einer anderen Gattung und bezw. auf eine andere Person als diejenige, die man factisch vor sich hat, gerichtet ist; sonst ist der Irrthum hinsichtlich der Eigenschaften nur ein Motivirrthum.

Die Wirkung des wesentlichen Irrthums sollte streng genommen immer die Nichtigkeit des Geschäftes sein, weil diesem ein wesentliches Erforderniß — der Wille — mangelt, und so ist es auch nach römischem Rechte. Auch im österreichischen Rechte ist dieser Grundsatz bei letztwilligen Anordnungen und Eheverträgen im Wesentlichen durchgeführt. Nach §. 570 macht ein wesentlicher Irrthum des Erblassers seine Anordnung ungiltig[15]), und nach §§. 57, 58 ist eine Ehe nichtig, bei deren Eingehung entweder eine Personenverwechslung vorgefallen ist[16]), oder wenn der Mann seine Gattin nach der Ehelichung bereits von einem Anderen geschwängert findet; bei der Eigenthümlichkeit des Eheinstitutes konnte nur dieser einzige Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft der Person berücksichtigt werden, alle übrigen Irrthümer sind als irrelevant erklärt (§. 59). Eine noch bedeutendere Modification des obigen Grundsatzes greift bei den übrigen, entgeltlichen wie unentgeltlichen Verträgen Platz. Das b. G. B. geht nämlich von der Anschauung aus, daß jeder Contrahent, dem ein Irrthum des Gegentheils nicht bekannt ist, berechtigt sei, dessen Erklärung für wahr

14) Nach der herrschenden Lehre der Romanisten kommt es darauf an, ob „durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden muß, als wozu sie wirklich gehört." (Savigny S. 283, Vangerow III. S. 281 f., Puchta §. 65, Arndts §. 239, Sintenis I. S. 198 f. u. A.) Vom allgemeinen theoretischen Gesichtspunkt vertheidigt aber Renaud Civ. Anh. XXVIII. S. 247 f. die Ansicht, daß auch noch die auf die bestimmte Eigenschaft gerichtete Absicht des Erwerbers, die daher erwiesen werden muß, nothwendig sei. Die ältere Doctrin behauptete, der Irrthum über den Stoff sei immer ein wesentlicher, der über eine anderweitige Eigenschaft aber ein unwesentlicher. Savigny a. a. O.

15) L. 9. pr. D. de her. inst. 28. 5. L. 9. §. 1. D. cod.

16) Ebenso nach canon. Rechte; vgl. Unger S. 123 Note 12.

Digitized by Google

zu halten[17]), und daß daher, soll der Irrthum wirksam sein, ihm derselbe wenigstens auffallen muß. Ist letzteres der Fall, dann handelt der Contrahent des Irrenden betrügerisch, wenn er sich den Irrthum zu Nutze macht; es ist also nach österreichischem Recht nebst dem Irrthum auch noch betrügerisches Benehmen auf Seiten des anderen Contrahenten nothwendig, damit der Vertrag der Giltigkeit entbehre.[18]) Die gleiche Wirkung hat aber der Irrthum auch noch dann, wenn er von dem anderen Contrahenten durch unabsichtlich falsche Angaben hervorgerufen wurde[19]), weil es hier billiger erscheint, daß der Urheber des Irrthums, als daß sein unschuldiger Gegner leide. In beiden Fällen aber ist der Vertrag nur relativ, d. i. nur auf Seiten (zu Gunsten) des Irrenden nichtig.

Mit Rücksicht auf die drei Möglichkeiten, daß

1) der eine Contrahent den anderen irregeführt hat;

2) ein Dritter mit Wissen des einen Contrahenten den anderen irregeführt hat und

3) der Irreführende selbst im Irrthum ist

führt das G. B. den bezeichneten Grundsatz in folgenden Einzelsätzen aus:

a) Der Irrthum über das Object („die Hauptsache") oder eine wesentliche Eigenschaft desselben hindert, wenn er durch (absichtliche oder unabsichtliche)[20]) falsche Angaben des Gegentheils hervorgebracht wurde, das Entstehen der Verbindlichkeit auf Seiten des Irrenden (§. 871);

---

17) Zeiller III. S. 42, Unger II. S. 125.

18) In diesem Falle ist also nach österr. Recht der Vertrag nicht eigentlich wegen wesentlichen Irrthums, sondern wegen Betrugs (ex capite doli) nichtig. Die römische Entscheidung ist zwar consequenter, führt aber zu manchen Härten. Wenn z. B. Jemand 80 Pfund von einer Waare bestellen will, sich aber verschreibt und 80 Centner bestellt, so ist nach römischem Recht nicht nur die Bestellung rücksichtlich des Uebermaßes ungiltig, sondern derjenige, bei dem die Bestellung erfolgte, muß auch noch die Kosten des Rücktransportes der übersendeten Waaren tragen, weil (Savigny S. 295 Note d, Wächter Württ. Pr. R. II. S. 749) eine culpa in contrahendo nur dann als wirksam angesehen wird, wenn der Vertrag zu Stande kommt. Darum nehmen, um dieser Härte auszuweichen, eine culpa in contrahendo mit Ersatzpflicht auch außer dem Vertragsverhältniß an Schweppe Röm. Pr. R. III. §. 418, Richelmann Irrthum S. 129 f., Ihering dogm. Jahrb. IV. S. 1—12; vgl. auch Arndts §. 250 A. 8, Unger S. 126 Note 23, A. L. R. I. 4 §. 78, 79. Eine treffende Rechtfertigung des Standpunktes des österr. R. gibt das Gutachten der niederösterr. Advocatenkammer über den Entwurf eines deutschen Obl. R. in der G. H. 1865 Nr. 102.

19) Auch Unger S. 124 Note 20 gibt zu, daß unter den „falschen Angaben" des §. 871 nicht bloß dolose zu verstehen sind, bezweifelt aber, ob auch der Fall dazu gehöre, wo dem Urheber des Irrthums nicht einmal Culpa zur Last fällt. Vgl. noch §. 1487 („keiner List schuldig gemacht hat.")

20) Unabsichtlich wäre z. B. eine Irreführung, wenn Jemand eine Gemäldecopie, die er selbst als Original gekauft hatte, als solches weiter verkauft, indem er sie selbst für Original hält. — Die meisten österr. Schriftsteller meinen, die erste Zeile des §. 871 setze eine absichtliche Irreführung voraus; allein es verstößt gegen alle Grundsätze der Interpretation, einen Ausdruck in das Gesetz hineinzubringen, der nicht in demselben enthalten ist.

Digitized by Google

b) der Irrthum über eine unwesentliche Eigenschaft der Sache oder einen sonstigen Nebenumstand [21]) schadet an sich der Giltigkeit des Vertrages nicht; jedoch ist dem Irrenden von dem Contrahenten, durch dessen falsche Angaben der Irrthum erzeugt wurde, der dadurch etwa hervorgebrachte Schaden zu vergüten (§. 872);

c) der Irrthum in der Person [22]) oder einer Eigenschaft derselben [23]), wenn er durch falsche Angaben des Gegentheils hervorgebracht wurde, hat, je nachdem er wesentlich oder unwesentlich ist, dieselbe Wirkung, wie der wesentliche oder unwesentliche Irrthum in der Sache (§. 873);

d) wurde der Irrthum durch absichtlich falsche Angaben hervorgebracht, so hat der Irreführende auch allen daraus entstandenen positiven und negativen Schaden zu vergüten (§. 874);

e) wurde der Irrthum durch einen Dritten erzeugt, so schadet er, wenngleich er ein wesentlicher ist, der Giltigkeit des Vertrages nicht [24]), es sei denn, daß der Contrahent des Irrenden an der Irreführung Theil nimmt oder um dieselbe offenbar weiß, in welchem Falle er als betrügerisch handelnd so behandelt wird, als ob er den Irrthum selbst erzeugt hätte (§. 875);

f) ebenso gilt der Vertrag, wenn der Irrthum durch eigenes Verschulden des Irrenden [25]) oder durch Zufall [26]) entstand [27]), es sei denn, daß der Irrthum dem anderen Contrahenten wenigstens aus den Umständen auffallen mußte [28]), in welchem Falle dieser ebenfalls nach Maßgabe der

---

21) Unwesentlich ist der Irrthum in Betreff des Namens oder des Zugehörs, auch über die Summe und die Quantität; vgl. Arndts §. 238. Man kauft z. B. ein Stück Leinwand, in dem sich weniger Ellen vorfinden, als angegeben wurde, oder Dukaten, die geringhältiger sind, als vorgegeben worden ist.

22) Z. B. A gibt sich für den B in einem Contractsverhältniß aus, bei dem es auf persönliche Eigenschaften wesentlich ankommt. Hieher gehört auch der Fall, wenn sich Jemand fälschlich für den Bevollmächtigten eines Anderen ausgibt und im Namen des letzteren ein Geschäft abschließt (Entsch. G. H. 1868 Nr. 63 [= Sammlung VI. Nr. 3043]).

23) Z. B. Jemand gibt sich fälschlich für einen Baumeister oder Sachverständigen aus.

24) Z. B. A, durch falsche Angaben eines Dritten getäuscht, kauft ein Pferd als vermeintlich arabisches, oder ein Theaterdirector engagirt eine Sängerin, die ihm von einem Agenten fälschlich als Berühmtheit angepriesen wurde.

25) Z. B. man verschreibt sich und bestellt statt der gewollten 80 Pfund einer Waare 80 Centner.

26) Z. B. ein Kunsthändler verkauft ein ihm als Geschenk zugesendetes Gemälde, das er für Commissionswaare hält. Der §. 876 spricht wohl nicht ausdrücklich von Fällen dieser Art; er ist aber unzweifelhaft analog darauf anzuwenden.

27) Aus der Giltigkeit des Vertrages folgt nicht nothwendig, daß eine Vergütung in allen Fällen ausgeschlossen sei. Verkauft A dem B einen Ring, dessen Stein beide für werthlos halten, während es sich nachher herausstellt, daß er ein Brillant ist, so bleibt zwar der Kauf giltig, B muß aber dem A das vergüten, um was er mit dessen Schaden bereichert erscheint, und kann darauf nach §. 1041 oder mit der cond. sine causa belangt werden. Hätte B den Ring weiter verkauft, ohne dabei zu gewinnen, so hätte er nichts zu vergüten. Eine solche Klage kann auch bei Schenkungen Platz greifen, wenn es sich nachträglich herausstellt, daß der Geschenkgeber den wahren Werth der Sache nicht kannte.

28) Z. B. Jemand verschreibt in

Digitized by Google

Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit des Irrthums so behandelt wird, als ob er selbst der Urheber des Irrthums wäre (§. 876).

Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, was Rechtens ist, wenn nicht der Contrahent selbst, sondern ein von ihm gewähltes Mittheilungsorgan irrt, z. B. sein Correspondent, oder der Dolmetsch oder der Bote richtet den Auftrag unrichtig aus, oder man übergibt eine Offerte dem Telegraphenamte und dieselbe wird unrichtig telegraphirt.[29]). Diese Frage gehört zu den allerstreitigsten. Vom Standpunkt des österreichischen Rechts ist die richtige Beantwortung derselben wohl die, daß auch hier, insoweit dem Gegentheile der Irrthum nicht offenbar aus den Umständen auffallen mußte, ein giltiger Vertrag anzunehmen ist[30]), weil es einerseits gleichgültig ist, ob sich der Contrahent eines Briefes oder eines lebenden Mittheilungsorganes bedient, und weil es anderseits (arg. §. 876) nur darauf ankommt, daß eine Willenserklärung vorliege, die der andere Theil als eine wahre anzusehen berechtigt ist.[31])[32])

Vom wesentlichen Irrthum ist der Fall wohl zu unterscheiden, wo die Person oder die Sache nur unrichtig bezeichnet wurde, während sich die Person oder Sache, auf welche der Wille eigentlich gerichtet ist, aus anderen zuverlässigen Kennzeichen mit Sicherheit entnehmen läßt (falsa demonstratio). In diesem Falle ist die Erklärung im Sinne des erkannten wahren Willens aufzufassen, und das Geschäft ist daher gültig (§§. 571, 914, 655).[33])

---

einer Schuldurkunde statt 100 fl. irrthümlich 1000 fl., oder er gibt bei einer Zahlung, die Noten verwechselnd, 1000 statt 100 fl.

29) Vgl. Ihering dogm. Jahrb. IV. S. 1—12, Fuchs im Civ. Arch. XLIII. S. 94 f., Mittermaier ebda. XLII. S. 284 f., Busch ebda. XLV. S. 1 f., Reyscher in der Zeitschr. f. deutsches Recht XIX. S. 271 f., 456 f., Stubenrauch in der G. Z. 1861, Nr. 18, 19, Ponfickl in der G, H. 1861 Nr. 30 (der den Fall unter §. 1313 stellen will, während Stubenrauch ihn unter §. 429 subsumirt); Serafini der Telegraph in seiner Beziehung zum bürgerl. und Handelsrecht (übersetzt von L. Roncali). Wien 1865.

30) Ihering a. a. O. nimmt Nichtigkeit des Vertrages, aber (auf Grund seiner culpa in contrahendo) auch Ersatzpflichtigkeit desjenigen an, der sich „eines so unzuverlässigen Mittheilungsmittels, wie der Telegraph bedient".

31) Hienach ist denn der vielbesprochene Fall zu entscheiden, wo ein Kölner einem Frankfurter Banquier telegraphisch den Auftrag gab, Papiere gewisser Art zu verkaufen; das ankommende Telegramm lautete auf einen Kaufsauftrag. Dieser wurde ausgeführt, und da die Papiere fielen, hatte der Auftraggeber namhaften Schaden.

32) Doch kann freilich ein unrichtiges Telegramm nicht als Willenserklärung des Aufgebers angesehen werden, während ein Brief, worin man sich verschrieben hat, immerhin eine Willenserklärung ist.

33) Unger S. 127, 128. Bedenkt z. B. der Erblasser „die Kinder seines Bruders J. und P., und es zeigt sich, daß diese nicht Kinder seines Bruders, sondern der Gattin des letzteren aus einer früheren Ehe sind, so ist nicht, wie Wildner (Jurist XIX. S. 200 f.) und Stubenrauch (II. S. 316 Note *) annehmen, ein wesentlicher Irrthum, sondern eine falsa demonstratio vorhanden. Hieher gehört auch der von Freudenreich (Jurist VIII. S. 338 f.) mitgetheilte Rechtsfall: Der Verkäufer des Hauses hatte in der Verkaufsurkunde das Haus nach Grenzen und Lage ganz genau, aber mit unrichtiger Nummer bezeichnet.

Digitized by Google

§. 107. Mißverständniß.

Bei Verträgen kann es vorkommen, daß beide Theile über den Vertragsgegenstand einig zu sein glauben, indem die vorliegenden Willensäußerungen dem Willen beider entsprechen, daß sie aber dennoch factisch nicht einig sind, indem jeder Theil die Aeußerung in einem anderen Sinne nimmt, also an einen anderen Vertragsgegenstand denkt, als der Gegentheil, wie z. B. wenn zwei Personen über ein Pferd contrahiren, und es sich nachträglich zeigt, daß jede ein anderes im Sinne hatte. Das ist ein sog. Mißverständniß (dissensus)[1]; sein Wesen ist Mangel der Willenseinigung bei vorhandener Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Da die Grundbedingung des Bestandes eines Vertrages die Willenseinigung beider Theile in den wesentlichen Punkten desselben ist, so kann, wenn ein Mißverständniß über solche wesentliche Punkte besteht, ein Vertrag nicht entstehen (§. 869).[2] Es ist also auch hier ein Irrthum vorhanden[3], und derselbe wird von den Romanisten ebenfalls zum wesentlichen Irrthum gerechnet[4]; allein der Vertrag ist nicht darum ungiltig, weil die Parteien geirrt, sondern darum, weil sie sich nicht geeiniget haben. Es ist also auch hier der Mangel des (zum speciellen Vertrag erforderlichen) Willens der Grund der Nichtigkeit des Geschäftes.

Die gewöhnliche Veranlassung des Mißverständnisses sind undeutliche Ausdrücke, die von beiden Theilen in verschiedenem Sinne aufgefaßt wurden.[5] Solche können aber auch von einem Contrahenten absichtlich, um den anderen zu bevortheilen, gewählt worden sein; in diesem Falle ist nicht nur der Vertrag regelmäßig (s. unten) nichtig, sondern es ist auch dem anderen Theile der allfällig daraus erwachsene positive und negative Schaden zu vergüten (§. 869 a. E.).

Nicht immer ist jedoch ein Mißverständniß anzunehmen, wenn bei einer undeutlichen Aeußerung jeder Theil dieselbe in einem anderen Sinne verstanden zu haben behauptet, sondern es ist erst zu untersuchen, ob sich die Undeutlichkeit nicht im Wege der Interpretation heben lasse, wobei nicht bloß auf den natürlichen Sinn der Ausdrücke, sondern auch auf die concreten, beiden Theilen bekannten Umstände Rücksicht zu nehmen ist.[6] Eine

---

1) Unger II. S. 122. Das röm. R. spricht da bald von error in corpore, bald von dissensus in corpore. Savigny S. 266 Note g.

2) Savigny S. 265, 266. Unger S. 122. L. 57. D. de O. et A. 44. 7.

3) Ein Irrthum über die gegentheilige Willensrichtung. Savigny S. 265.

4) Vgl. Arndts §§. 62, 238, Savigny S. 264—266, 445, wo er aber ebenfalls als unechter Irrthum bezeichnet wird.

5) Aber auch klare Ausdrücke können aus Mißverständniß unrichtig aufgefaßt worden sein.

6) Die Grenzlinie zwischen dem wesentlichen Irrthum und der bloßen Undeutlichkeit, die sich durch Interpretation heben läßt, ist eine unsichere, und es kommt hier Alles auf den richtigen Takt des Entscheidenden an. Für die Interpretation der Verträge stellt Ihering dogm. Jahrb. IV. Nr. I. die Regel auf, daß solche Thatsachen und Umstände, welche zwar den wirklichen Willen des Redenden außer Zweifel setzen, aber dem

Digitized by Google

besondere Interpretationsregel bei entgeltlichen Verträgen ist die, daß eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile Desjenigen auszulegen ist, der sich derselben bedient hat (§. 915)[7]; hiedurch kann allerdings ein Vertrag trotz wirklichen Mißverständnisses aufrecht bleiben. Dies rechtfertigt sich jedoch bei absichtlicher Wahl solcher Ausdrücke aus der im §. 869 statuirten Genugthuungspflicht, bei unabsichtlichem Gebrauch derselben dadurch, daß es billiger ist, daß der Urheber des Irrthums leide, als daß der Schaden seinen unschuldigen Gegner treffe.

Auch schadet das Mißverständniß nicht, wenn trotz desselben die erforderliche Willenseinigung vorhanden ist. Dies ist nicht nur der Fall beim Mißverständniß über unwesentliche Punkte des Vertrages, sondern auch „über Summen und Quantitäten, wenn derjenige, welcher die Gegenleistung verspricht, den geringeren Betrag des Offerenten will.“[8] So gilt der Vertrag, wenn A dem B eine Wohnungsmiethe um 10 anbietet und Letzterer, 12 verstehend, einwilligt. Keineswegs wäre das Gleiche der Fall, wenn B 7 verstanden hätte.

§. 110. Wirkung der Bedingung.

Die Wirkungen der Bedingung richten sich nach dem dreifachen Zustand, in welchem sich diese befinden kann: des Schwebens, der Erfüllung, der Vereitlung.

I. Schwebt die Bedingung, so ist ungewiß, ob der zum Rechtsgeschäft erforderliche Wille, und somit auch ungewiß, ob die davon abhängige Rechtswirkung besteht.[1] Es ist daher auch die Existenz des bedingten Rechtes eine ungewisse, indem bei der Suspensivbedingung ungewiß ist, ob es als entstanden, bei der Resolutivbedingung, ob es als aufgelöst anzusehen sei. Eben darum kann mittlerweile von einer Geltendmachung des bedingten Rechtes keine Rede sein, und wäre die bedingte Schuldigkeit irrigerweise erfüllt worden, so findet die Zurückforderung statt (§. 1434).[2] Der ungewisse Zustand hindert aber nicht eine mittlerweile Sicherstellung[3], welche jedoch freilich ebenso eine bedingte ist, wie das sichergestellte Recht selbst; auch ist der bedingt Verpflichtete schon während des Schwebezustandes so weit gebunden, daß er Alles vermeiden muß, was die seinerzeitige Erfüllung seiner Verbindlichkeit vereiteln könnte.[4] Wer z. B. die

---

Gegentheile nicht bekannt waren oder bekannt zu sein brauchten, vom Richter nicht berücksichtigt werden dürfen; er hat mit anderen Worten nicht die Frage zu entscheiden: Was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden? sondern: Wie mußte der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen.

7) Z. B. A macht dem B einen brieflichen Verkaufsanbot nach Ellen, den dieser annimmt, indem er ein längeres Ellenmaß im Sinne hat, als A.

8) Arndts §. 238.

9) Vgl. L. 52. D. loc. 19. 2.

1) Unger S. 69, 70. Arndts §. 70.

2) Ebenso nach röm. R. Savigny S. 214.

3) Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 158, 161; vgl. auch b. G. B. §. 434, 834, 1365.

4) Es besteht bereits ein gewisses vinculum necessitatis. Vangerow I.

Digitized by Google

Tradition einer Species unter einer Bedingung schuldet, darf die Sache mittlerweile nicht an einen Andern veräußern. Aus dem gleichen Grunde gehen auch bedingte Rechte sowohl activ als passiv auf die Erben über (§. 900), obgleich sie eigentlich noch keine wahren Rechte sind; nur bei letztwillig bedingten Rechten ist wegen der höchst persönlichen Natur solcher Successionen die Vererblichkeit auf Seiten des Berechtigten ausgeschlossen (§. 703).[5])

Wenn man mitunter lehrte, daß das Recht bei schwebender Suspensivbedingung noch gar nicht, bei schwebender Resolutivbedingung aber noch in vollem Maße aufrecht bestehe, und daß das suspensiv bedingte Recht als ein künftiges anzusehen sei[6]), so unterläuft dabei eine Verwechslung mit der sog. bedingten Befristung.[7]) Indessen gibt es nach österreichischem Recht allerdings Fälle, in denen diese an sich irrige Lehre zutrifft (§§. 707, 708; darüber Näheres unten).

II. Ist die Bedingung erfüllt, so ist die bisherige Ungewißheit beseitigt und das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft so anzusehen, als ob es gleich Anfangs unbedingt abgeschlossen worden[8]), das resolutiv bedingte, als ob es nie zu Stande gekommen wäre.[9]) Bei zweiseitigen Geschäften, bei denen nur der eine Theil seinen Willen bedingt, der andere ihn unbedingt erklärt, z. B. beim Ausspielgeschäft, gilt das Gesagte nur für die bedingte Erkärung. Die Wirkung der Erfüllung ist also eine retroactive, sie ist auf den Zeitpunkt des geschlossenen Rechtsgeschäftes zurückzubeziehen.[10])

S. 162; vgl. L. 42. pr. D. de O. et A. 44. 7. Ihering dogm. Jahrb. X. S. 463 f. bezeichnet dies als Gebundenheit vor der Entstehung des Rechtes.

5) Wenn dem A eine Summe unter der Bedingung vermacht ist, daß er das Doctorat der Rechte erlanget, so erhalten seine Erben die Summe nicht, wenn er stirbt, ohne die Bedingung erfüllt zu haben. Ebenso aber auch, selbst wenn die Bedingung so geartet wäre, daß sie auch von einem Dritten erfüllt werden könnte. Vgl. Savigny S. 136, Unger S. 75, Note 69 a. E. Die L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. motivirt den Uebergang bedingter Vertragsrechte auf die Erben mit der rückwirkenden Kraft der Erfüllung. Da letztwillige Bedingungen nicht reine Bedingungen, sondern zugleich Befristungen sind, bei denen keine Rückwirkung der Erfüllung eintritt, so würde sich die Unvererblichkeit der letztwillig bedingten Rechte ebenso auch aus diesem, wie aus dem im Text angegebenen Gesichtspunkte erklären. Daß indessen auch betagte Rechte, obwohl der dies veniens nicht zurückwirkt, auf die Erben übergehen (§§. 705, 904) erklärt sich daraus, daß das betagte Recht bereits einen festen unentziehbaren Anspruch auf dessen Erwerbung bewirkt.

6) So z. B. Bangerow I. S. 162, arg. L. 13. §. 5. D. de pign. 20. 1: nihil interim debetur.

7) Vgl. Unger S. 76 Note 73.

8) Nach römischer Ausdrucksweise wird das Rechtsgeschäft nun erst perfect, z. B. L. 7. D. de C. E. 18. 1, eine Ausdrucksweise, die von Neueren, z. B. Arndts §. 71 A. 2 mit Recht verlassen wurde, sich aber noch im §. 1084 b. G. B. findet.

9) Arndts §. 71.

10) Unger S. 71 und die dort Note 59 Angeführten, ferner S. 78. Vgl. besonders Fitting Rückziehung 1856. Die Retroactivität wird neuestens wieder bestritten von Ihering dogm. Jahrb. X. S. 528, 534, 542; ebenso von Wendt das bedingte Rechtsgeschäft (1872) S. 112 f. Ihering erklärt das, was sonst durch Rückwirkung erklärt wird, durch „sachliche Gebundenheit“ als passive Wirkung des zu erwartenden künftigen Rechtes (S. 579). Er bestreitet auch, daß die Römer an Rückwirkung gedacht haben (S. 581 Anm.).

Digitized by Google

Der Grund dafür liegt darin, daß das bedingte Rechtsgeschäft ein ungewisses, ein nur möglicherweise bestehendes ist; ob es besteht oder nicht, erfährt man erst aus dem Erfolg des bedingenden Umstandes, welcher somit die Natur eines Entscheidungsmittels über die Entstehung des Rechtsgeschäftes hat; ist die Entscheidung eine bejahende, so muß das Rechtsgeschäft natürlich von allem Anfang als vorhanden, ist sie verneinend, ebenso von Anfang als nicht vorhanden angesehen werden, — in ähnlicher Weise, wie das richterliche Urtheil über ein zweifelhaftes Recht dieses nicht erst schafft oder aufhebt, sondern nur entscheidet, ob es als bestehend oder nicht bestehend anzusehen ist.[11]) Daraus folgt, daß das bedingte Geschäft nach den Gesetzen der Zeit seiner Abschließung zu beurtheilen ist[12]), und die Frage, ob alle wesentlichen Erfordernisse eines solchen vorhanden seien, ebenfalls nur diesen Zeitpunkt zu berücksichtigen hat[13]); daraus erklärt sich ferner, daß bedingte Rechte auf die Erben übergehen (§. 900), und folgt weiter, daß bei suspensiv bedingter Uebertragung eines Rechtes[14]) die von dem Erwerber vorgenommene Veräußerung oder Belastung desselben durch die Erfüllung der Bedingung sofort in Kraft erwächst, während die gleiche Verfügung, von Seite des Uebertragenden getroffen, so zerfällt, als wäre sie nie vorgenommen worden.[15]) So schafft z. B. die Eigenthumspränotation (§§. 438, 439) einen solchen Schwebezustand, kraft dessen man nicht weiß, ob der bisherige Eigenthümer oder der Pränotirte der wahre Eigenthümer ist. Wenn nun beide auf das Gut, das Gegenstand der Pränotation ist, ein Capital aufnehmen, so hängt Alles vom Erfolge der Pränotation ab; wird sie gerechtfertigt, so gilt nur die vom Käufer, nicht die vom Verkäufer

11) Treffend sagt Fitting Rückziehung S. 118: „Wir dürfen nicht, wie gewöhnlich geschieht, sagen, erst die Erfüllung der Bedingung bringe das Rechtsverhältniß zur Entstehung, sie sei das eigentlich Wirkende, und es werde dann nur die Wirkung als bereits rückwärts vorhanden angenommen. Vielmehr können wir im Eintritt der Bedingung juristisch nur den Erkenntnissgrund sehen, der uns zeigt, daß eine andere in der Vergangenheit liegende Thatsache wirkend oder vorhanden gewesen ist". Vgl. Unger S. 72 Note 61, S. 78 Note 75 a, Puchta Pand. §. 60. A. A. Ihering S. 528 Note 166.

12) Unger S. 73, 74.

13) Unger S. 74 behauptet eine Beschränkung hinsichtlich der das Object betreffenden Erfordernisse. Aber vgl. unten die Lehre von der Möglichkeit und Zulässigkeit der Rechtsgeschäfte.

14) Es ist gleichgiltig, ob es sich um Uebertragung eines Sachenrechtes oder einer Forderung handelt, während, wenn es sich erst um die Begründung eines jus in re aliena oder einer Forderung handelt, solche Verfügungen nur vom bedingt Berechtigten, nicht auch vom bedingt Verpflichteten vorgenommen werden können.

15) Dies besagt die Parömie: Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum (sog. resolutio ex tunc). Vgl. Unger S. 75 Note 70. Man pflegt aber diese Parömie mitunter auch von dem ganz verschiedenen Falle der Erlöschung der Belastung wegen Eintritts des Endtermins zu verstehen (Puchta §. 142). — Die resolutio ex tunc bestreitet natürlich Ihering a. a. O. Darum ist nach ihm bei suspensiv bedingter Tradition bis zur Erfüllung der Bedingung der Tradent Eigenthümer, und es steht seiner rei vind. nur die exc. doli entgegen (S. 531), bei resolutiv bedingter Tradition ist bis dahin Eigenthümer der Empfänger (S. 542), und zwischen Resolutivbedingung und dies ad quem besteht kein praktischer Unterschied.

Digitized by Google

ausgehende Belastung. — Ebenso gebühren dem bedingt Berechtigten auch die Früchte nicht erst vom Tage der Erfüllung der Bedingung, sondern vom Tage des Geschäftes[16]), und vom gleichen Tage trifft ihn die Gefahr (commodum et periculum)[17]), und rücksichtlich der Verbesserungen und Verschlimmerungen stehen ihm gegen den Verpflichteten die gleichen Rechte, wie gegen den Besitzer einer fremden Sache zu (§§. 333—336).[18])

Im Falle einer Resolutivbedingung wechseln in diesen Beziehungen die Rollen des bedingt Berechtigten und Verpflichteten.[19])

Wenn man von diesen Principien manche Ausnahmen, namentlich hinsichtlich der Früchte gelten lassen will[20]), so beruht dies wieder auf der mehrerwähnten Verwechslung der reinen Bedingung mit der eine solche enthaltenden Befristung. Allerdings aber besteht nach österreichischem Recht von diesem Grundsatze der Rückwirkung, der allerdings im Allgemeinen zur Geltung gebracht wird (§. 438 b. G. B. §. 49 G. B. O. v. 25. Juli 1871), eine zweckmäßige Ausnahme bei letztwilligen Bedingungen; diese haben nämlich (mit einziger Ausnahme der in einer Vulgarsubstitution enthaltenen §. 604) keine rückwirkende Kraft[21]) (§§. 707, 708), weshalb auch die Erbfähigkeit des bedingt Eingesetzten nach dem Tage der erfüllten Bedingung beurtheilt wird (§§. 703, 684), und das bedingte Recht auf den Erben nicht übergeht.

III. Wird endlich die Bedingung vereitelt, so ist das Rechtsgeschäft, wenn sie eine suspensive war, als gar nicht eingegangen, und wenn sie eine resolutive war, als unbedingt abgeschlossen anzusehen, und zwar beides, so wie im vorigen Falle, vom Tage des Geschäftes an, also mit in jeder Beziehung rückwirkender Kraft.[22]) Denn auch in diesem Falle ist der bedingende Umstand ein Entscheidungsmittel über die Existenz oder Nichtexistenz des Geschäftes.

---

16) Savigny S. 152; Vangerow I. S. 164 f. bestreitet diesen Satz, allein seine abweichende Meinung beruht offenbar auf nicht gehöriger Unterscheidung zwischen der reinen Bedingung und der auch eine Bedingung enthaltenden Befristung. Es unterliegt doch keinem Zweifel, daß im Falle der addictio in diem, der emtio ad gustum, der Eigenthumspränotation, der Tradition unter der Bedingung, daß der frühere Käufer einwilligt, der Vulgarsubstitution u. a. die Früchte vom Tage des Geschäftes, bezw. des Todes dem bedingt Berechtigten gebühren.

17) L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. Arndts §. 71 A. 3.

18) Vgl. Unger S. 78 Note 77, 78.

19) D. i. die von dem bedingt Berechtigten mittlerweile vorgenommene Veräußerung und Belastung zerfällt (resolutio ex tunc — Vangerow §. 96), während die vom bedingt Verpflichteten ausgegangene zur unbedingten wird; die Früchte müssen letzterem restituirt werden, und rücksichtlich der Verbesserungen und Verschlimmerungen wird der bedingt Berechtigte wie ein Besitzer einer fremden Sache behandelt.

20) Z. B. Vangerow I. S. 164 f.

21) Es entspricht dies dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers, welcher eben auch hier im Zweifel eine Befristung im Auge hat. Vgl. Unger S. 76 Note 73. Ebenso nach röm. R. bei Legaten. Hinsichtlich der Erbeinsetzungen s. Savigny S. 152, 211, 218.

22) Die vorbesprochenen Grundsätze in betreff der mittlerweiligen Verfügungen (resolutio ex tunc), der Früchte, der Verbesserungen und Verschlimmerungen leiden auch hier volle Anwendung.

Digitized by Google

§. 114. Rechtliche Natur der Auflage.[1])

Unter Auflage (modus) versteht man im Allgemeinen eine bei einer Vermögenszuwendung dem Erwerber auferlegte Last, die nicht schon in der Natur des Rechtsgeschäftes selbst liegt.[2]) Geschieht eine solche Auflage bei einem entgeltlichen Geschäft, so bietet sie als ein Theil der übernommenen Gegenverbindlichkeiten nichts Besonderes[3]); darum wird der Begriff der Auflage schon von den Romanisten[4]) auf die bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften, namentlich bei letztwilligen Zuwendungen und Schenkungen vorkommenden Belastungen beschränkt. Vom Standpunkte des österr. Rechtes müssen aber auch bei diesen Geschäften noch weiter jene Belastungen ausgeschlossen werden, welche in einer neu übernommenen[5]) Verbindlichkeit zu einer vermögensrechtlichen Leistung an den Geber oder an einen bestimmten Dritten bestehen; im ersten Falle nimmt nämlich eine solche Verbindlichkeit wieder die Natur einer gewöhnlichen Gegenverbindlichkeit (§. 919), im zweiten, je nachdem es sich um letztwillige Zuwendungen oder um Schenkungen handelt, die Natur eines Legats (§. 649) oder eines sog. Zahlungsmandats (§. 1019)[6]) an, und es kommen daher in den fraglichen Fällen die für die genannten Institute bestehenden, nicht aber die speciell für die Auflage geltenden Normen (§§. 709—712) zur Anwendung.[7]) Der Begriff der Auflage ist somit nach österr. Recht enger als nach römischem. Wir verstehen darunter eine bei einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung dem Erwerber auferlegte Last, welche nicht in einer Verbindlichkeit, oder wenigstens nicht in einer neuen Verbindlichkeit zu einer vermögensrechtlichen Leistung an den Geber oder einen bestimmten Dritten besteht.[8]) Sie ist eine Nebenbestimmung[9]) und zugleich eine Willensbeschränkung, nicht nur, weil sie als eine

1) Savigny III. S. 226—237, IV. S. 280—288, Unger S. 100—103, Heimbach im Rechtslexicon VII. S. 223—232, Arndts §. 74, Keller §. 53, Puchta §. 63.

2) Keller S. 97 und 103.

3) Unger S. 100, Savigny S. 227.

4) Savigny S. 227, Keller §. 53, Arndts §. 74. Puchta macht diese Beschränkung nicht.

5) Diese Beschränkung ist nothwendig damit man z. B. die Verpflichtung, seine Schulden zu bezahlen, nicht ausscheide aus dem Begriffe der Auflage. Doch dürfte allerdings die einer Schenkung beigefügte Auflage, aus dem geschenkten Gelde die Schulden des Beschenkten zu bezahlen, zugleich Modus und Zahlungsmandat sein.

6) Dies übersieht Unger, und behauptet daher S. 226 Note 39 mit Unrecht, daß nach österr. R. der Dritte, zu dessen Vortheil der Modus hinzugefügt wurde, keine Klage auf Erfüllung habe.

7) Uebereinstimmend Savigny S. 226—229 im Betreff der letztwilligen Verfügungen; nach österr. R. muß aber auch für unentgeltliche Verträge das Gleiche gelten, da §. 901 a. E. nicht unterscheidet.

8) Viel zu weit ist die Begriffsbestimmung Unger's S. 101, was sich aber vom Standpunkt seiner irrigen Auffassung erklärt. Darauf beruht es auch, daß er (Note 5) die letztwillige, dem Erben auferlegte Verpflichtung, ein Waisenhaus zu gründen, als eine Auflage ansieht, während dies nur ein Legat an eine neu entstehende juristische Person ist.

9) Unger S. 100, 101.

Digitized by Google

Verminderung des Werthes der Gabe erscheint[10]), sondern weil sie auch stillschweigend eine Resolutivbedingung (§. 709) enthält.

Der Inhalt der Auflage besteht entweder in der Verbindlichkeit, die erhaltene Zuwendung ganz oder theilweise zu einem gewissen Zwecke zu verwenden, (z. B. zum Aufbau oder zur Verschönerung des Hauses, zur Bezahlung der Schulden, zur Unternehmung einer Kunstreise, zur Errichtung eines Denkmals u. s. w.), oder in der Verbindlichkeit zu Handlungen oder Unterlassungen, die eine solche Verwendung nicht erfordern (z. B. einem Vereine beizutreten, ein Bild zu malen, ein Werk zu schreiben, zu heirathen, ein Gewerbe aufzugeben, eine üble Gewohnheit (Spiel, Trunksucht) abzulegen u. dgl.). Man ersieht daraus, daß der Ausdruck „Zweckbestimmung" („Endzweck" §. 901), mit dem man die Auflage oft bezeichnete[11]), ein viel zu enger ist.

Die Auflage unterscheidet sich sonach:

a) von der bei entgeltlichen oder gemischten Geschäften übernommenen Verbindlichkeit einer Leistung an den Gegentheil, weil eine solche nach den für Gegenverbindlichkeiten überhaupt geltenden Grundsätzen beurtheilt wird (§. 919),

b) von der übernommenen Verbindlichkeit zu einer Leistung an einen Dritten, weil eine solche entweder ein Legat[12]) oder ein Zahlungsmandat ist (§. 649, 1019),

c) von der Bedingung, weil diese eine Verbindlichkeit zur Erfüllung niemals involvirt, während eine solche in einer Auflage immer enthalten ist[13]),

d) von einem bloßen Rathe oder Wunsche (Empfehlung, „erklärte Absicht" §. 695, nudum praeceptum, modus simplex), der eine rechtliche Verpflichtung gar nicht beabsichtiget und darum auch nicht begründet (§. 711, 901).[14])

§. 115. Wirkung der Auflage.

Die Auflage wirkt insofern wie eine letztwillig beigerückte Resolutivbedingung, als der Bedachte zwar sogleich in den Genuß des zugewendeten Vortheils tritt, ihn aber durch die Nichterfüllung der Auflage sofort wieder verwirkt (§. 709, 901).[1]) Die Nichtvollziehung der Auflage gilt also als Erfüllung einer Resolutivbedingung, die Vollziehung der ersteren als Ver-

10) Savigny S. 230.

11) So z. B. Savigny S. 229, 230. Auch der Ausdruck „Auftrag", den das b. G. B. braucht, ist, obwohl von Unger S. 102 Note 10 gebilligt, wenig passend, weil auch das Mandat (z. B. §. 1019) so genannt wird.

12) Dieser Unterschied zwischen Auflage und Legat wird auch festgehalten in der Entsch. G. Z. 1870 Nr. 98 [= Sammlung VIII. Nr. 3917].

13) Savigny S. 231, Unger S. 103.

14) Unger S. 102, Heimbach S. 231, Puchta §. 510, Savigny S. 232.

1) Anders nach röm. R. (Savigny S. 231, 233, Heimbach S. 227, 228, Arndts §. 74), wonach man die Erfüllung nur durch Caution sicherte, außer bei Modalschenkungen, wo auch ein Widerruf stattfand.

Digitized by Google

eitelung der letzteren. Der Ausdruck „Resolutivbedingung" ist aber hier offenbar in jenem Sinne zu nehmen, wie bei bedingten letztwilligen Rechten (§. 708), und bedeutet also eigentlich einen bedingten Endtermin ohne rückwirkende Kraft. Die Nichterfüllung der Auflage zerstört also das unter einer solchen zugewendete Recht sofort und unmittelbar (ipso jure), so daß die Sache vindicirt werden kann[2]), bildet aber nur eine resolutio ex nunc, wonach also die vor diesem Zeitpunkt bezogenen Früchte dem Bezieher bleiben, und die von ihm auf die Sache gelegten Lasten nur für die Zukunft erlöschen (§§. 468, 527)[3]).

Schwierig ist die Beantwortung der Frage, wann eine Auflage, deren Inhalt in einer positiven Handlung besteht, als nichterfüllt anzusehen ist, wofern für die Erfüllung keine bestimmte Zeit festgesetzt war.[4]) Bei letztwilligen Auflagen behebt sich diese Schwierigkeit im österreichischen Recht größtentheils durch die Anordnung, daß vor Erfüllung oder Sicherstellung der Erfüllung letztwilliger Anordnungen die Verlassenschaft nicht eingeantwortet werden darf (§§. 819, 817).[5]) In anderen Fällen aber ist die Nichterfüllung offenbar als eingetreten dann anzusehen, wenn der mit der Auflage Belastete im Verzuge ist, was bei Verbindlichkeiten ohne bestimmte Erfüllungszeit erst nach vergeblicher Mahnung der Fall ist (§. 1417).[6])

Die Wirkung der Auflage weicht jedoch von jener einer letztwillig beigerückten Resolutivbedingung in zwei wesentlichen Punkten ab, nämlich:

1) Darin, daß die Auflage eine wahre Verbindlichkeit erzeugt, auf deren Erfüllung auch geklagt werden kann.[7]) Eine solche Klage steht zwar im Falle eines einem Universalerben auferlegten Modus höchstens dem allfälligen Testamentsexecutor zu, im Uebrigen ist die Nöthigung zur Erfüllung nur eine indirecte, bestehend theils in der Verweigerung der Nachlaßeinantwortung seitens des Gerichtes, theils in der eventuellen Berechtigung des Intestaterben, auf Herausgabe der Erbschaft zu klagen (§. 708)[8]); in anderen Fällen aber steht die Klage dem Miterben, dem Erben gegen den Legatar[9]), dem allfälligen Testamentsexecutor (§§. 816, 817), und bei Schenkungen unter Lebenden dem Geschenkgeber zu.[10])

2) Unger S. 227.

3) Diese Gleichstellung mit der Bedingung des §. 708 (also einer Befristung) folgt aus Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 158: „Substitutionen und Anordnungen, welche denselben nach den §§. 707—709 b. G. B. gleichzuhalten sind . . ."

4) Ist die Zeit festgesetzt, so gilt das unbenützte Verstreichenlassen der Zeit als Nichterfüllung.

5) Das Gericht wird, wenn es nur die Sicherstellung der Erfüllung verlangt (Pat. 9. Aug. 1854 §. 158), auch die Frist der Erfüllung festzusetzen haben, weil sonst der so wichtige Zeitpunkt der Nichterfüllung häufig nicht bestimmt werden könnte.

6) Im röm. R. konnte diese Frage mit geringerer Strenge behandelt werden, weil der mit dem Modus Belastete für die Erfüllung nur Caution leisten mußte (Savigny S. 233), also, den Fall der Modalschenkung ausgenommen, eine Rückforderung des zugewendeten Vermögens nicht eintrat.

7) Unger S. 103, 226. Savigny III. S. 233, 204, IV. S. 280—288.

8) Im röm. R. tritt in diesem Falle obrigkeitlicher Zwang ein. Savigny S. 233.

9) Savigny S. 233, 234.

10) Savigny IV. S. 281, Unger S. 226.

Digitized by Google

2) Darin, daß die unverschuldete Unmöglichkeit, die Auflage genau zu erfüllen, im Zweifel nicht die Wirkung einer Resolutivbedingung hat. Die Auflage ist soweit als möglich zu erfüllen, und ist auch dies wegen ursprünglicher oder später eingetretener Unmöglichkeit unausführbar, so behält dennoch im Zweifel der Bedachte den ihm zugewendeten Vortheil (§§. 710, 901).[11])

Eine unerlaubte Auflage wirkt wie eine unerlaubte Resolutivbedingung, d. i. sie ist als nicht beigesetzt anzusehen (§. 698).[12]) Dies gilt auch (trotz §. 898) für die bei (unentgeltlichen) Verträgen vorkommenden Auflagen, da §. 901 a. E. nicht unterscheidet.[13])

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, was Rechtens ist, wenn der Erblasser die Erfüllung einer unmöglichen oder unerlaubten Auflage durch die Verfügung, daß im Falle der Nichterfüllung ein Legat zu entrichten sei, sichern wollte. Es steht zwar dem Erblasser im Allgemeinen frei, die Erfüllung einer Auflage durch Androhung eines vermögensrechtlichen Nachtheils, daher auch durch Auflegung der Verpflichtung zur eventuellen Abführung eines Legates (Pönallegat, legatum poenae nomine) zu sichern.[14]) Allein, ist die Auflage unmöglich oder unerlaubt, so ist weder ihre Erfüllung, noch eine Sicherung ihrer Erfüllung zulässig, und der Bedachte behält daher den Nachlaß, obwohl er weder die Auflage erfüllt, noch das Pönallegat abgeführt hat (§. 712).[15]) Nach §. 901 a. E. gilt das Gesagte auch für Modalschenkungen.

Es kann zweifelhaft sein, ob eine Willensbeschränkung eine Bedingung oder eine Auflage ist. Im Zweifel wird letzteres angenommen, weil die Auflage für den damit Belasteten die geringere Beschränkung ist (§. 614).[16])

§. 117. Einfluß des Motivirrthums.

Schon oben (§. 106) wurde erwähnt, daß ein gewöhnlicher Fall des unwesentlichen Irrthums der ist, daß der Wille von einem irrigen Beweggrund geleitet wird. Dies ist der Fall des sog. Motivirrthums[1]), welcher das Dasein des Willens nicht ausschließt, wohl aber die Freiheit desselben in ähnlicher Weise beengt, wie die Furcht. Auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte bleibt er in der Regel ohne Einfluß[2]); wird er aber durch falsche Angaben eines Anderen erzeugt, oder der bereits vorhandene Irrthum von einem Anderen benutzt, so liegt Betrug (§. 565), oder sog. List (dolus §§. 874, 1487) vor, welche sich zum Motivirrthum, wie der Zwang zur Furcht verhält, und als eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende

11) Ebenso nach röm. R. Savigny S. 235.
12) Ebenso nach röm. R. Savigny S. 235.
13) Vgl. Unger S. 225 Note 34, der sich hauptsächlich auf §. 1174 beruft.
14) Vgl. Savigny S. 234, 235.
15) Ebenso nach röm. R. Savigny S. 176, 202.
16) Savigny S. 232, Unger S. 103.
1) Savigny S. 112, Keller §. 56, Vangerow III. S. 290, Unger S. 51.
2) Savigny S. 341, 354, Vangerow I. S. 135, Unger S. 37.

Digitized by Google

Unsittlichkeit eine positive Gegenwirkung nothwendig macht.[3]) Aus Billigkeitsgründen kann dem Motivirrthum von dem positiven Recht noch in anderen Fällen ein Einfluß auf die Giltigkeit von Rechtsgeschäften eingeräumt werden.

Uebereinstimmend mit dem Gesagten spricht auch das österreichische Recht dem Motivirrthum in der Regel jeden Einfluß auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte ab (§§. 572, 901, 59), berücksichtigt ihn aber doch in folgenden Fällen:

1) Bei unentgeltlichen Geschäften, wenn der Motivirrthum durch Betrug erzeugt wurde; ferner, wenn sich erweisen läßt, daß der erklärte Wille einzig und allein auf dem vom Erklärenden angegebenen[4]) irrigen Beweggrunde beruht habe; in beiden Fällen ist das Geschäft nichtig. Dies gilt insbesondere für letztwillige Anordnungen[5]) (§§. 565, 572) und für unentgeltliche Verträge[6]) (§. 901 a. E.).

2) Bei entgeltlichen Geschäften im Falle eines dem Gegencontrahenten zur Last fallenden Betruges[7]) oder auch einer unabsichtlichen von ihm ausgegangenen Irreführung.[8]) Hier ist jedoch zu unterscheiden zwischen dem Hauptmotivirrthum, d. i. demjenigen, ohne den der Vertrag gar

3) Savigny S. 115, 116.

4) Dafür, daß das irrige Motiv ausdrücklich angegeben sein müsse, um diese Wirkung zu haben: §. 572 v. „angegebenen", §. 901 v. „dergleichen Aeußerungen". Aber vgl. Unger Erbrecht §. 13, 24 A. 13 a. E.

5) Ebenso nach röm. R.; vgl. Savigny S. 379—381, Vangerow II. S. 107 §. 431. Ueber eine Unterscheidung, die Savigny S. 378 diesfalls zwischen Erbeinsetzungen und Legaten machen will vgl. Vangerow S. 108.

6) Exner Tradition S. 75 nimmt hier nur Anfechtbarkeit an. — Im r. R. findet diese Gleichstellung nicht statt. L. 65. §. 2. D. de C. J. 12. 6. Savigny III. S. 357, IV. S. 90.

7) Der Gegencontrahent handelt aber nicht nur dann betrügerisch, wenn er den Irrthum durch falsche Angaben selbst erzeugt (§. 871), sondern auch, wenn er einen bereits vorhandenen des anderen Contrahenten wissentlich benützt, mag nun dieser durch einen Dritten herbeigeführt (§. 875), oder vom Irrenden selbst verschuldet, oder gar durch Zufall verursacht worden sein (§. 876). Vgl. Savigny S. 118, 119, Keller §. 55, auch Unger S. 125 Note 21. Ob der Irrthum ein That- oder Rechtsirrthum ist, scheint gleichgiltig.

8) Vgl. Unger S. 124 Note 20. Im röm. R. nur im Falle des Betrugs (Savigny S. 117. Puchta §. 57. Arndts §. 62). Nach röm. R. gilt aber als anfechtbar auch das in der irrigen Meinung einer rechtlichen Verbindlichkeit gemachte Versprechen, z. B. eines Erben, der irrig glaubt, daß ihm testamentarisch der Verkauf des Hauses aufgetragen wurde (sog. indebitum promissum; Savigny S. 361. Vangerow III. S. 291 §. 604). Unger II. S. 159 Note 76 (doch schwankend S. 438 Note 8), Pfaff G. Z. 1868 Nr. 34, 35, Entsch. G. Z. 1867 Nr. 48 [= Sammlung V. Nr. 2643] nehmen das Gleiche auch für das österreich. R. an. Dagegen Entsch. G. H. 1862 Nr. 44 [= Sammlung IV. Nr. 1499.] Es ist wohl zu unterscheiden: Bei Vergleichen (§§. 1385, 1387) ist das indeb. prom. nach der Natur des Geschäftes unanfechtbar (vgl. Entsch. G. Z. 1871 Nr. 1 [= Sammlung VIII. Nr. 3940]), während es bei anderen Geschäften (arg. §. 1431) anfechtbar ist. — Savigny S. 358, 360 zählt zu den Fällen der Wirksamkeit des Motivirrthums auch die ädilitischen Klagen und die Condictionen; dagegen Unger S. 52 Note 6.

Digitized by Google

nicht zu Stande gekommen wäre (sog. error v. dolus causam dans), und dem secundären Motivirrthum, d. i. jenem, ohne den der Vertrag nur nicht auf solche Art errichtet worden wäre (sog. error v. dolus incidens). In letzterem Falle wird der Vertrag nur in so weit entkräftet, als er ohne den Irrthum nicht zu Stande gekommen wäre, bezw. es ist dem Irregeführten vom Vertragsgegner die angemessene Vergütung zu leisten (§. 872 mit §§. 871, 875, 876). Was im ersten Falle Rechtens sei, ist nicht ausdrücklich im Gesetze entschieden, da dieses nur den wesentlichen Irrthum und vom außerwesentlichen nur den Irrthum „in Nebenumständen" (error incidens §. 872) behandelt; doch läßt sich aus einzelnen Bestimmungen des G. B.[9]) die Regel abstrahiren, daß der Hauptmotivirrthum unter den Eingangs erwähnten Umständen die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat. Dafür spricht auch die allgemeine Regel des §. 872, wonach beim außerwesentlichen Irrthum dem Irregeführten eine „angemessene Vergütung" zu leisten ist; diese besteht aber nach §. 1323 vor Allem in der Wiederherstellung des vorigen Zustandes, hier des Zustandes vor dem abgeschlossenen Vertrage. Daß übrigens auch hier die Nichtigkeit nur eine relative ist, folgt analog aus den Grundsätzen über Zwang und wesentlichen Irrthum, sowie aus der Betrachtung, daß dem Irregeführten das Recht, den Vertrag aufrecht zu halten, nicht benommen werden kann.[10])

Daß ferner der hier unterlaufene Betrug die Verbindlichkeit zur vollen Schadloshaltung nach sich zieht, bestimmt §. 874 ausdrücklich.[11])

Der Anspruch auf diese Vergütung und bezüglich auf Rückstellung wegen Nichtigkeit des Vertrages muß aber in dem Falle, wo dem Gegentheile keine List zur Last fällt, in drei Jahren geltend gemacht

---

9) Arg. §. 1387, §. 1291; vgl. auch §. 1200.

10) Ob Unger S. 55, 56 Note 22, S. 124 Note 18 absolute oder relative Nichtigkeit des Geschäftes annimmt, ist nicht klar. — Die im Text entwickelte Ansicht stimmt mit der älteren romanistischen Doctrin überein, die neuere hingegen nimmt beim dolus causam dans Anfechtbarkeit (nicht Nichtigkeit), beim dolus incidens nur einen Anspruch auf Entschädigung an (Bangerow III. §. 605 S. 293, 294). Das Geschäft kann im ersten Falle gegen den Betrüger und dessen Universalsuccessoren, unter Beschränkungen sogar gegen die Singularsuccessoren angefochten werden, niemals aber, wie beim Zwang, gegen schuldlose Dritte, was in der geringeren Gefährlichkeit des Betrugs im Vergleich mit dem Zwange seinen Grund hat (Savigny S. 117 und Note g., Keller §. 55, Puchta §. 57, Arndts §. 62). Gegen den betrügerischen Dritten findet nur die actio doli statt (Bangerow III. S. 299).

11) Beispiele des Motivirrthums: Man kauft ein Haus im Vertrauen auf ein vorgelegtes aber unrichtiges Schätzungsprotokoll oder Grundbuchsextract; oder ein Grundstück im Vertrauen auf den letzten Kaufvertrag, wobei aber verschwiegen wird, daß seither einige Parzellen wegverkauft wurden; oder Waaren von einem Kaufmann, der sich fälschlich für den Fabrikanten ausgibt; oder ein Stück Leinwand, an dem man nachträglich entdeckt, daß einige Ellen fehlen; oder Actien, deren plötzliches Steigen dem Verkäufer noch nicht bekannt ist; man wettet um den Preis eines Shawls, der vom Verkäufer unrichtig angegeben wurde; man begeht bei einem Vergleich einen Rechnungsverstoß (§. 1388); man spielt mit falschen Karten u. s. w.

Digitized by Google

werden; bei vorhandener List gilt die gewöhnliche Verjährung von 30 Jahren (§. 1487).[12])

Hienach wird der wesentliche und unwesentliche Irrthum einerseits und der Motivirrthum andererseits, den Ehevertrag abgerechnet, im österreichischen Recht ganz gleich behandelt.[13])

§. 123. Entstehung des Repräsentationsverhältnisses bei freiwilliger Repräsentanz.

Die freiwillige Repräsentanz entsteht durch die von einer Person einer anderen gegebene und von dieser angenommene Ermächtigung, im Namen der ersteren zu handeln, somit durch einen Vertrag, welcher Bevollmächtigungsvertrag genannt wird. Der Vertretene wird im b. G. B. Macht- oder Gewaltgeber (dominus sc. negotii), der Vertreter Macht- oder Gewalthaber (procurator) genannt. Uebernimmt der letztere (was aber keineswegs wesentlich ist) die Vertretung als Pflicht, dann wird die Bevollmächtigung Auftrag (mandatum), und die Parteien Auftraggeber (mandans) und Beauftragter (mandatarius) genannt.[1]) Nur diesen Fall hat das b. G. B. bei seiner Definition des Bevollmächtigungsvertrages (§. 1002) im Auge, während doch in der That der Auftrag nur ein Species des letzteren ist.[2])

Die Ermächtigung für einen Andern zu handeln, erfolgt durch eine dies ausdrückende Erklärung, welche ausdrücklich oder stillschweigend, und im ersten Falle mündlich oder schriftlich abgegeben werden kann, und, wenn

---

12) Die Anfechtungsklage wegen Irrthums (§. 1487) soll zu verjähren beginnen, wenn man die Irreführung erfahren hat (Entsch. G. Z. 1869 Nr. 72 [= Sammlung VII. Nr. 3375]). Der §. 1487 bezieht sich auf den Irrthum bei Verträgen, nicht auch z. B. auf den Fall einer irrthümlichen Saldirung (Entsch. G. Z. 1871 Nr. 79 [= Samml. IX. Nr. 4200]).

13) Auch bei Schenkungen?

1) Diesen wichtigen Unterschied zwischen Mandat und Ermächtigung, welcher von den gemeinrechtlichen Schriftstellern meist übersehen wird, macht auch Hahn Comm. I. S. 119, 167 §. 1, S. 168 §. 4, 5. Das Mandat bezeichnet ihm das innere, die Ermächtiguug das äußere Rechtsverhältniß des Stellvertreters. Vgl. auch Art. 297 H. G. B. Arndts §. 291.

2) Die zweite Species bildet der Fall, wo der Repräsentant die Stellvertretung im eigenen Interesse, als Recht übernimmt (procurator in rem suam). Hieher gehört auch der Entlehner, der Pachter u. s. w. Eine ausgezeichnete Art dieser Stellvertretung ist der Fall, wo der Repräsentant zur Entgegennahme einer Vermögensleistung ermächtigt wird. Diese Ermächtigung heißt Anweisung (Assignation), die Parteien Assignant und Assignatar, die leistende dritte Person Assignat (§§. 1400, 1401). Mit Unrecht bezeichnet man daher die Stellung des proc. in rem suam als mandatum agendi; so Günther Rechtslex. S. 327, Arndts §. 254, A. 4, Schmid Grundlehren der Cession u. A. Der Ausdruck ist nicht römisch (Heimbach Rechtslex. VII. S. 35 Note 182); Salpius Nov. u. Deleg. §. 13 bemerkt dagegen mit Recht, daß er eine contradictio in adjecto ist, da es an einer actio mand. fehlt; ebenso Plathner in der Deutschen Ger. Zeit. N. F. II. S. 6.

Digitized by Google

schriftlich gegeben, eine Vollmacht (vis ac potestas)[3]) genannt wird (§. 1005). Die Vollmacht ist juristisch eine entweder bloß an den Stellvertreter, oder auch an den Dritten gerichtete Erklärung, je nachdem der Machtgeber bloß mit dem ersteren oder auch mit dem letzteren in ein Rechtsverhältniß treten will. Handelt es sich bloß darum, für den Machtgeber eine Sache in Besitz zu nehmen oder zu derelinquiren oder ein Recht desselben auszuüben oder ein Recht oder eine Verbindlichkeit des Repräsentanten bloß im Verhältniß zwischen ihm und dem Machtgeber als Recht oder Verbindlichkeit des letzteren gelten zu lassen, dann genügt eine ausschließlich an den Stellvertreter gerichtete Vollmacht, welche, weil sie nicht zur Vorweisung an Dritte bestimmt ist, eine geheime oder stille (§. 1017 a. E.), ihr Inhaber aber ein stiller Stellvertreter[4]) genannt wird. Soll aber durch die Handlung des Stellvertreters ein Rechtsverhältniß unmittelbar zwischen dem Machtgeber und dem Dritten errichtet werden, z. B. ein Vertrag, dann bedarf es einer Vollmacht, die zur Vorweisung an diesen Dritten bestimmt ist, und die sich juristisch als eine vom Machtgeber auch an den Dritten gerichtete Erklärung des Inhalts darstellt, daß die vom Stellvertreter ausgehende Handlung als Handlung des Machtgebers angesehen werden will[5]); eine solche Vollmacht heißt eine offene (§. 1017).[6])

Erfolgt die Ermächtigung mündlich, so ist es, wenn der Machtgeber durch die Handlung des Machthabers auch mit dem Dritten in ein Rechtsverhältniß treten will, wesentlich, daß die mündliche Erklärung von Seite des Machtgebers an diesen Dritten unmittelbar erfolge.

Eine stillschweigende Ermächtigung kann durch Handlungen erfolgen, die nach allen Richtungen nichts anderes sind, als stillschweigend (durch concludente Handlungen) abgegebene Erklärungen; so z. B. wenn Jemand es duldet, daß ein Anderer in seinem Namen handelt[7]); hier ist die Er-

3) Es erscheint unpassend, „Vollmacht" mit mandatum zu übersetzen, wie gleichwohl oft geschieht.

4) Diesen Ausdruck hat Siegel vorgeschlagen und Arndts §. 76 A. 1 nimmt ihn beifällig auf. Der Commissionär ist nicht der einzige stille Stellvertreter; es gehört z. B. auch der Miether oder Pachter als Stellvertreter des Eigenthümers hieher.

5) Vgl. Hahn Comm. S. 120 §. 3, S. 143 §. 2. — Die gemäß der Vollmacht vorgenommene Handlung des Stellvertreters verhält sich zur offenen Vollmacht, als welche die eigentliche Willensäußerung des Vertretenen enthält, ungefähr so, wie nach §. 1056 die Entscheidung des Dritten über den Kaufpreis oder bei Lotterien die Ziehung zum betreffenden Vertrage; alle diese Acte sind integrirende Bestandtheile der Hauptwillenserklärung oder Entscheidungsmittel ihrer Existenz; insofern wird auch die Handlung des Machthabers als Handlung des Machtgebers angesehen, und kommt demnach ersterer nur als Willensorgan des letzteren in Betracht. — Nach röm. R. war eine solche Willenserklärung an einen unbestimmten Dritten unwirksam; daher kommt es, daß dasselbe eine directe Stellvertretung nicht kennt.

6) Aus dem Gesagten folgt, daß eine stille Vollmacht dadurch nicht zu einer offenen wird, wenn sie dem Dritten vorgezeigt wird (Ellinger ad §. 1017). Mit Unrecht meint Winiwarter IV. S. 226, durch die Vorzeigung überschreite der Vertreter immer die Grenzen seiner Befugniß (Commissionär — s. unten).

7) Vgl. L. 6. §. 2. L. 53. D. 17. 1. L. 6. C. 4. 35. L. 60. D. de R. J.

Digitized by Google

mächtigung sowohl für den Machthaber, als für den Dritten eine stillschweigende. Dagegen pflegt die Ermächtigung nur gegenüber dem Dritten eine stillschweigende zu sein, wenn eine solche Anstellung vorliegt, mit welcher schon ihrer Natur nach die Aufgabe verbunden ist, mit Dritten im Namen des Anstellenden Rechtsverhältnisse zu begründen[8]), wie z. B. die Anstellung als Geschäftsführer einer Handlung oder eines anderen Gewerbes, als Ladendiener, Schiffer u. s. w., — Fälle, für welche ebenfalls die gewöhnlichen Grundsätze von der Bevollmächtigung gelten (§. 1027).[9]) Doch kann auch solchen Personen zugleich eine offene Vollmacht gegeben sein, wie dies z. B. bei dem Geschäftsführer einer Handlung (Factor, Procurist) Regel ist, welchem durch eine schriftliche, öffentlich bekannt zu machende Vollmacht (die sog. Procura) die Berechtigung ertheilt wird, die Firma des Principals zu zeichnen d. h. alle in das Handelsgeschäft einschlagenden Urkunden und Schriften im Namen desselben zu unterschreiben, wo denn die öffentliche Bekanntmachung gesetzlich die Stelle der Vorweisung der Vollmacht an den Dritten vertritt. In solchen Fällen ist die Ermächtigung allerdings auch in Bezug auf den Dritten eine ausdrückliche, und es entscheidet über Existenz und Umfang der Ermächtigung der Inhalt der Vollmacht (§. 1028 b. G. B. Anders H. G. B. Art. 42, 43). Wäre aber dem Angestellten keine oder keine offene Vollmacht ertheilt oder diese von ihm verheimlicht[10]) worden, dann gilt gleichwohl die Anstellung als (still-

---

Heimbach Rechtslex. VII. S. 15, 16, Hahn Comm. I. S. 120 §. 3. Auch §. 58 d. J. M. V. v. 20. Jänner 1855 Nr. 13; Entsch. Sammlung I. Nr. 400 und G. H. 1865 Nr. 70 [= Sammlung V. Nr. 2108.]

8) Die Marg. N. zu §. 1027 f. lautet also ganz richtig: „Stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen"; denn ist auch die Anstellung als Factor u. dgl. für den letzteren eine ausdrückliche Ermächtigung, so hat sie Dritten gegenüber doch nur die Bedeutung einer concludenten Handlung.

9) Dieser §. hat auch den Zweck, zu bestimmen, daß die romanistischen Unterschiede zwischen einem gewöhnlichen Procurator einerseits und dem institor und magister navis andererseits (— bei Geschäften der letzteren hatte der Dritte eine directe Klage gegen den Geschäftsherrn; bei anderen procuratores erfand man erst später eine actio utilis ad exemplum institoriae —) nicht mehr bestehen. — Verschieden von der stillschweigenden Ermächtigung ist das römische mandatum praesumtum, ein rein processualisches Institut. Darnach sind procuratores praesumti, mit der Berechtigung, vor Gericht für dritte Personen ohne deren besonderen Auftrag zu handeln die Ascendenten, Descendenten, Geschwister, Verschwägerte ersten und zweiten Grades, der Ehemann und die Litisconsorten (Heimbach S. 39—43, Holzschuher II. 2 S. 538, 539, Dulheuer S. 180). Im österr. R. sind nur noch die letzteren processualische Vertreter (§. 386, 388 a. G. O., Hofd. 23. Aug. 1799 Nr. 474); der Ehegatte, die Descendenten und Ascendenten können nur in Strafsachen für den Angeklagten Berufung einlegen (§. 300, 301, 427 St. P. O. [v. 1853; vgl. §. 282 St. P. O. v. 1873]); allein sie gelten nicht als Vertreter, da sie dieses Recht auch wider den Willen des Angeklagten üben können.

10) Die Vollmacht ist im Sinne des §. 1029 erst dann schriftlich gegeben, wenn sie auch dem Dritten vorgewiesen wurde; denn die Vollmacht ist ja nur eine vom Machtgeber an den Dritten gemachte Erklärung, welche daher für den letzteren juristisch so lange nicht existirt, als sie ihm nicht vorgewiesen wird. Ohne Vorweisung bleibt sie factisch eine geheime Vollmacht, welche auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß hat

Digitized by Google

schweigende) Ermächtigung zu allen Handlungen, welche die Natur der Anstellung mit sich bringt (§. 1029).[11]) Das gilt insbesondere von dem Verwalter eines Hauses oder eines Landgutes[12]), ferner für die Ehegattin, welche auf dem Gebiete der inneren Hauswirthschaft den Mann zu vertreten berechtigt ist[13]), für die Dienstleute der Wirthe, Schiffer und Fuhrleute[14]) u. s. f. Keineswegs aber involvirt eine solche Ermächtigung eine Anstellung als Dienstbote oder die bloße Eigenschaft als Familienglied; Dienstgeber und Familienhäupter sind daher, ohne daß ein specieller Auftrag ihrerseits vorliegt, nicht verpflichtet, dasjenige, was von Dienstpersonen oder anderen Hausgenossen in ihrem Namen auf Borg genommen wird, zu bezahlen (§. 1032).[15]) Eine Ausnahme gilt aber dann, wenn zwischen dem Borgnehmer und Borggeber ein ordentliches Einschreibebuch besteht, in welches die geborgten Sachen sofort bei der Borgung eingetragen werden; in diesem Falle gilt der Ueberbringer des Buches als ermächtigt, die verlangte Sache auf Borg zu nehmen und die Bezahlung muß erfolgen, möchte immerhin der Ueberbringer eigenmächtig gehandelt haben (§. 1033).[16]) Aus der ratio dieser Ausnahmsbestimmung könnte gefolgert werden, daß auch der Ueberbringer einer fremden Quittung ohne Zulässigkeit eines Gegenbeweises als ermächtigt anzusehen sei, den darin als empfangen bestätigten Gegenstand in Empfang zu nehmen. Allein da Ausnahmsbestimmungen eine Analogie nicht zulassen, so kann nur soviel zugegeben werden, daß die Uebergabe einer Quittung an einen Anderen als Eincassirungsermächtigung gilt[17]), und daß für den Ueberbringer die rechtliche Vermuthung

---

(§. 1017 a. E.). Uebereinstimmend Helm Ztschr. f. R. u. St. W. 1825 II. S. 360 (s. Damianitsch Lit. ad §. 1030), ferner §. 58 der J. M. V. v. 20. Jänner 1855, Nr. 13; vgl. L. 1. §. 4. 9. D. 14. 1 („imputaturum sibi, cur talem praeposuerunt"), Holzschuher II. 2 S. 573 Note **, Hahn Comm. I. S. 129, §. 3, Unger II. S. 601 Note 53.

11) In gleicher Weise gilt auch nach röm. R. die Anstellung als institor oder als magister navis als stillschweigende Ermächtigung zu allen Geschäften, welche mit der Natur einer solchen Anstellung verbunden sind; und wird dem Angestellten eine specielle Instruction (lex praepositionis) gegeben, so wird diese Dritten gegenüber erst durch öffentlichen Anschlag (palam proscribere) wirksam. Thöl Handelsr. I. S. 49—106, Holzschuher S. 570—583, Brakenhoeft Rechtslex. V. S. 98—105, Heimbach ebenda I. S. 74, 79, Dig. de inst. act. 14. 3. de exerc. act. 14. 1.

12) Holzschuher S. 613. Lautet daher z. B. die einem Gutsverwalter ertheilte Instruction dahin, daß er nur mit specieller Zustimmung des Eigenthümers Getreide verkaufen dürfe, so bleibt doch der mit Ueberschreitung dieser Weisung erfolgte Verkauf aufrecht, wenn der Käufer von der erwähnten Beschränkung keine Kenntniß hatte. Vgl. auch C. C. §. 78, 140.

13) Gerber §. 231, Walter §. 193 Nr. II. 1.

14) Diese gelten nämlich nach §. 970 ermächtigt, für ihre Dienstgeber Sachen der Reisenden bezw. Frachtstücke zur Aufsicht zu übernehmen.

15) Aus dem preuß. L. R. II. 8 §. 554, 558.

16) Ebendaher §. 558. Das Gleiche gilt von Sparkassebüchern (Randa G. Z. 1874 Nr. 22).

17) Preuß. L. R. I. 13. §. 130. Mit Unrecht behauptet Ellinger ad §. 1033 das Gegentheil. Natürlich liegt aber in dieser Thatsache nur im Verhältniß zum Dritten eine concludente Handlung; dem Empfänger der Quittung gegenüber wird sich der Uebergeber wohl bestimmt ausgesprochen haben.

Digitized by Google

streitet, daß er sie zu diesem Zwecke empfangen habe[18]); diese Vermuthung schließt aber den Gegenbeweis nicht aus. Eine Ausnahme gilt jedoch für die auf den Inhaber lautenden Quittungen, überhaupt für Inhaberpapiere, weil hier nach dem vom Aussteller gemachten Vorbehalte jeder Ueberbringer als empfangsberechtigt erscheint[19]), ferner nach Art. 296 H. G. B. für kaufmännische Quittungen.

Eine freiwillige Repräsentanz entsteht auch, wenn ein Machthaber, vorausgesetzt daß er dazu berechtigt ist, statt seiner eine andere Person mit gleichem oder beschränkterem Wirkungskreise zum Repräsentanten des Machtgebers bestellt. Man nennt diese Handlung eine Substituirung und den Bestellten einen Substituten. Der Substitut ist nicht Repräsentant des Substituenten, sondern des ursprünglichen Machtgebers, denn er handelt im Namen des letzteren, und erwirbt ihm Rechte und Verbindlichkeiten.[20]) Es ist aber, um diesen Effect hervorzubringen, in jedem einzelnen Falle die Existenz der doppelten Ermächtigung und der Substitutionsbefugniß nachzuweisen.

§. 126. Wirkung der Handlungen des Repräsentanten.

I. Wenn der Repräsentant als solcher, d. i. im Namen des Repräsentirten und innerhalb des ihm zustehenden Vertretungsrechtes handelt, so ist die Wirkung die, daß seine Handlung juristisch als Handlung des Repräsentirten anzusehen ist.[1]) Dies gilt, in so weit es sich lediglich um das Verhältniß zwischen ihm und dem Repräsentirten handelt, unbedingt[2]); die durch die Handlungen des Repräsentanten begründeten Rechte

---

18) Vgl. Unger II. S. 579 Note 7.

19) Auch die ratio des §. 1033 ist die, daß das Einschreibebuch als eine auf den Ueberbringer lautende Vollmacht anzusehen ist.

20) Der Substitut ist Mandatar des ursprünglichen Machtgebers; er kann also von diesem auf ordnungsmäßige Führung des Geschäftes und Rechnungslegung geklagt werden, so wie er auch ihn unmittelbar auf Ersatz der Impensen u. s. w. klagen kann; denn er steht mit ihm in unmittelbarem Vertragsverhältniß.

1) Fraglich ist, ob dies auch für die die Handlung begleitende, juristisch relevante Gesinnung gilt, namentlich also, ob der unredliche Stellvertreter den Vertretenen zum unredlichen Besitzer (§. 326) macht, ob der Irrthum des ersteren bei entgeltlichen Geschäften letzterem nützt (§. 932, 934), ferner wessen Irrthum, des Vertreters oder des Vertretenen, bei Verträgen maßgebend ist (§. 871—876), ferner was Rechtens ist, wenn der Vertreter z. B. der Procurist, ohne seine Vollmacht zu überschreiten, handelt, dabei aber Dritte betrügt. Im Ganzen entscheidet die Gesinnung des Repräsentanten, doch wird der Repräsentirte nicht verantwortlich für die Unredlichkeit des ersteren; letzteres ist jedoch wieder anders bei juristischen Personen. Vgl. Dernburg §. 113 Note 8, Zrodłowski Unters. S. 21.

2) Ebenso nach röm. R. beim Erwerb des Besitzes und jenen Geschäften, die auf dem Besitzerwerb basiren (Eigenthumstradition, Realcontracte u. s. w.), weil es sich hier nur um das Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und Repräsentirten handelt (Arndts §. 76. Keller S. 119, 120). In obligatorischen Verhältnissen galt (s. Note 3) nur der Repräsentant als Subject der Obligatio, und wenn ausnahmsweise die Wirkungen

Digitized by Google

und Verbindlichkeiten gelten im Verhältniß zwischen ihnen immer als Rechte und Verbindlichkeiten des Repräsentirten (§. 1017 a. A.). Im Verhältniß zum Dritten aber ist zu unterscheiden, ob der Repräsentant eine offene oder bloß eine geheime Vollmacht hat. Da die erstere als eine vom Machtgeber unmittelbar an den Dritten gerichtete Erklärung des Inhalts zu betrachten ist, daß die Handlung des Machthabers als die des Machtgebers angesehen werden will, so folgt daraus, daß die kraft offener Vollmacht durch die Handlung des Machthabers z. B. durch einen mit dem Dritten geschlossenen Vertrag begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auch in Bezug auf diesen Dritten nicht als Rechte und Verbindlichkeiten des Machthabers, sondern des Machtgebers anzusehen sind; nur an diesen kann sich der Dritte der Erfüllung halber halten, und nur von diesem auf Erfüllung geklagt werden (§. 1017 c. m.). Es greift also nach österreichischem Rechte, übereinstimmend mit dem gemeinen die sog. directe oder unmittelbare Stellvertretung Platz.[3])

Hat dagegen der Stellvertreter nur eine geheime Vollmacht, dann mangelt die eben erwähnte an den Dritten gerichtete Erklärung, und es bleibt darum bei der Regel, daß die Wirkungen der Handlung für den Handelnden selbst eintreten, so daß der Dritte nur den Machthaber als ausschließlich

---

der Obligation auf den Vertretenen zurückgeleitet wurden, so konnte es doch immer nur die Obligation des Mandatars sein, welche auf den Mandanten überging, also bei Einem Mandatar auch nur Eine Obligation, wenn auch der Mandanten mehrere waren, die somit eine correale Obligation Aller bildete (daher: ne in plures adversarios distringatur, L. 2. D. 14. 1). Eine gänzliche Ablösung der Obligation von der Person des Stellvertreters kennt das röm. R. überhaupt nicht, daher sind alle gegen den Vertretenen gegebenen Klagen (Arndts §. 247) nur adjectitiae qualitatis (Lemayer G. Z. 1869 Nr. 3).

3) Nach röm. R. galt im Verhältniß zum Dritten mittelbare Stellvertretung, nur daß aus den vom institor und magister navis innerhalb ihrer Anstellung unternommenen Geschäften auch der praeponens bezw. der exercitor unmittelbar geklagt werden konnten. Doch wußte schon das röm. R. durch mannigfaltige Rechtsmittel den Erfolg herbeizuführen, als ob die Stellvertretung eine unmittelbare gewesen wäre. Dem Mandanten gab man gegen den Dritten eine actio utilis, und wenn das Geschäft unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Mandanten (nicht in seinem Namen, denn dies war ungiltig, Bangerow III. S. 308, 313 f.) geschlossen wurde, so galt dies als Denunciation einer an diesen geschehenen Abtretung der Forderung, und der Dritte konnte nur an den Mandanten erfüllen. Umgekehrt gab man dem Dritten gegen den Mandanten eine a. utilis ad exemplum institoriae, und wenn der Dritte wußte, daß der Mandatar nicht für sich, sondern für einen Andern handelte, so war der Mandatar gegen die Klage des Dritten durch eine Einrede geschützt; immerhin haftete er ihm aber, so lange er Mandatar war, bis zum Betrag des in seinen Händen befindlichen Vermögens des Mandanten. — Gemeinrechtlich bildete sich unter dem Einfluß des canonischen Rechtes (c. 68. in VI. de re jud. 5. 12., c. 72. cod.) auch die Idee der directen Stellvertretung aus, und gegenwärtig ist sie, obwoll Puchta, Bangerow u. A. noch immer nur die indirecte als zulässig erklären, zwar nicht als ausschließliche, wie Viele behaupten, aber als neben der letzteren geltende zu betrachten. Vgl. Keller §. 61, 232, 233, Arndts §. 76, 246, 248, Holzschuher II. 2. S. 558—560, Heimbach Rechtslex. VII. S. 25—28, Goldschmidt Entw. eines preußischen Handelsges. S. 36, Unger Verträge z. Gunsten Dritter S. 56.

Digitized by Google

berechtigt und ausschließlich verpflichtet betrachten kann (§. 1017 a. E.).[4]) Im Verhältniß zwischen Machthaber und Machtgeber gilt gleichwohl auch hier die Regel des §. 1017 in pr.

Letzteres gilt insbesondere für den sog. Commissionär, d. i. jenen Stellvertreter, welcher nur mittelst stiller Vollmacht beauftragt ist, auf Rechnung des Auftraggebers mit Dritten Rechtsgeschäfte zu besorgen, wohin namentlich der kaufmännische Commissionär gehört. Forderungen, die er in Ausführung des Commissionsauftrages gegen Dritte begründet, kann nur er geltend machen, der Committent bedürfte zu dem gleichen Zwecke erst einer förmlichen Cession von Seiten des Commissionärs; ebenso muß der Commissionär die aus dem Commissionsgeschäft entstandenen Schulden selbst bezahlen und kann den Dritten nicht an den Committenten weisen[5]), so daß also bei Commissionen noch heutzutage der Grundsatz der indirecten (mittelbaren) Stellvertretung Platz greift[6]); im Verhältniß zwischen dem Committenten und Commissionär aber gelten die betreffenden obligatorischen Beziehungen als Forderungen und Schulden des ersteren und müssen daher im Falle des über den einen oder anderen ausgebrochenen Concurses auch so behandelt werden.[7]) Ebenso erwirbt der Commissionär für den Committenten Besitz und Eigenthum von dem Augenblicke an, als ihm in Folge des Commissionsgeschäftes die Sache von dem Dritten übergeben wurde, weil es sich bei dieser Frage lediglich um das Verhältniß zwischen dem Committenten und dem Commissionär handelt, und es steht nicht entgegen, daß der Dritte den Willen nicht hatte, den Besitz an den Committenten zu übertragen, da es hier bloß auf den Willen des Commissionärs ankommt. Nur Gelder und andere von Dritten erhaltene vertretbare Sachen gehen erst dann in das Vermögen des Committenten über, wenn sie vom Commissionär mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert oder an den Committenten abgesendet worden sind.

Wenn man häufig behauptet, der Commissionär handle nicht im Namen, sondern nur auf Rechnung des Committenten[8]), und er sei daher gar nicht Repräsentant desselben[9]), so ist dies nur im Verhältniß zum Dritten, nicht aber in dem Verhältniß zum Committenten richtig. Der Commissionär detinirt im Namen des letzteren, und ist daher, wie jeder andere Inhaber (§. 318), dessen Repräsentant. Daraus erklärt es sich auch, warum Forderungen, deren Subject er ist, dennoch in das Vermögen des Committenten gehören; denn er will, wie die körperliche Sache, so auch die Forderung nicht für sich, sondern für den Committenten erwerben und da dieser das Gleiche will und der Wille entscheidet, so muß im Verhältniß zwischen ihnen auch der juristische Erfolg ein dem Willen entsprechender sein.

---

4) Vgl. Heimbach S. 27, Holzschuher II. 2 S. 559.

5) Der Dritte hat also kein Klagrecht gegen den Committenten (Entsch. G. H. 1871 Nr. 71 [= Sammlung IX. Nr. 4143]).

6) Keller Pand. S. 121, 122.

7) Wilda im Rechtslex. II. S. 718, H. G. B. Art. 368.

8) So definirt den Commissionär auch das H. G. B. Art. 360.

9) So Unger S. 135, 136 Note 26.

Digitized by Google

Von der Regel, daß der auf Grund einer offenen Vollmacht handelnde Repräsentant nicht sich, sondern dem Repräsentirten Rechte erwirbt und Verbindlichkeiten auflegt, bestehen nach österreichischem Recht folgende[10]) Ausnahmen[11]):

1) Der Zahlungsmandatar, d. i. derjenige, welcher beauftragt worden ist, im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers einem Dritten etwas zu leisten, kann vom Dritten unmittelbar auf die Leistung geklagt werden (§. 1019).

2) Der Assignatar d. i. derjenige, welcher ermächtigt worden ist, sich von einem Dritten etwas im Namen des Ermächtigenden, aber zu eigenem Vortheil (des Ermächtigten) leisten zu lassen, ist gegen den Dritten unmittelbar zur Klage berechtigt (insofern auch der Ermächtigende es wäre), und das Geleistete gehört ihm (§§. 1400, 1408).

II. Handelt der Repräsentant nicht als solcher, d. i. entweder nicht im Namen des Machtgebers oder sonstigen Geschäftsherren, oder überschreitet er die Grenzen seiner Repräsentationsbefugniß, so sind die Wirkungen seiner Handlung begreiflicherweise andere, als die eben entwickelten. Handelt er in eigenem Namen, so kommen die Wirkungen der Handlung nur ihm zu; nur er wird aus der Handlung berechtigt und verpflichtet, und es steht nicht entgegen, daß er sich gegenüber dem Machtgeber einer Rechtsverletzung schuldig macht, weil dies sein Rechtsverhältniß zum Dritten nicht berührt (vgl. §. 1088).[12]) Handelt er zwar im Namen des Geschäftsherrn, überschreitet aber dabei die Grenzen seiner Repräsentationsbefugniß, so gilt die Handlung weder für ihn, noch für den Geschäftsherrn, da er für sich nicht handeln wollte; aus einem derartigen Geschäfte wird also Niemand berechtigt und Niemand verpflichtet.[13]) Doch kann das Geschäft Giltigkeit erlangen, wenn es der Geschäftsherr nachträglich genehmigt, was sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend dadurch geschehen kann, daß er sich den daraus entstandenen Vortheil zuwendet (§. 1016).[14]) Die Genehmigung (ratihabitio) versetzt das Geschäft juristisch in die Lage, als wäre es von allem Anfang an giltig geschlossen worden, hat also rückwirkende Kraft[15]), was sich daraus erklärt, daß das Geschäft

10) In gewisser Beziehung gehört auch der Fall zu den Ausnahmen, wenn der Vertreter dem erhaltenen Auftrage nicht nachkommt und dadurch ein Dritter Schaden leidet; z. B. ein Güterverwalter bezahlt, obwohl mit Geldmitteln zu diesem Zwecke versehen, nicht rechtzeitig die Löhne; hier haftet er dem Beschädigten für den Schaden. Der Grund liegt darin, weil man wegen Pflichtverletzungen auch für den einem Dritten verursachten Schaden haftet (§. 1295 b. G. B., Art. 241 H. G. B., §. 48 der V. v. 20. Jänner 1855 Nr. 13).

11) Ihre nähere Ausführung gehört nicht an diesen Ort.

12) Gibt A dem B die Vollmacht, das Haus des C für ersteren zu kaufen und B kauft es treuloser Weise für sich, wenn auch mit dem Gelde des A, so wird B Eigenthümer des Hauses, und kann auch das Eigenthum an wen immer übertragen. Vgl. Entsch. G. Z. 1856 Nr. 130 [= Riehl III. S. 1180], Unger S. 138, 139.

13) Ausnahmen im Art. 55 H. G. B., Art. 95 W. O.

14) Vgl. Keller §. 31, Arndts §. 78. L. 5. D. 46. 8: Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu.

15) L. 7. pr. C. ad SC. Maced. 4. 28. Unger II. S. 167, 168. Savigny IV. S. 558.

Digitized by Google

entweder unter der stillschweigenden, von selbst rückwirkenden Bedingung nachträglicher Genehmigung errichtet wurde, oder daß, wenn auch dies nicht der Fall wäre, der Geschäftsherr durch seine Genehmigung das Geschäft in allen seinen Theilen, also auch hinsichtlich der Zeit, von welcher an es zu wirken bestimmt war, zu dem seinigen macht.[16])

§. 127. Erlöschung des Repräsentationsverhältnisses.

Betreffend die Erlöschung des Repräsentationsverhältnisses muß unterschieden werden zwischen dem Rechtsverhältnisse des Repräsentirten zum Repräsentanten und zu dem Dritten.

In erster Beziehung muß, was die freiwillige Repräsentanz anbelangt, festgehalten werden, daß das Repräsentationsverhältniß auf dem fortdauernden Willen des Repräsentirten, die Handlungen des Repräsentanten für die seinigen anzusehen, und zugleich auf dem übereinstimmenden Willen des Repräsentanten, im Namen des Repräsentirten zu handeln, beruht, und daß sonach durch das Aufhören des einen oder des anderen Willens das Repräsentationsverhältniß sein Ende erreicht. Darum sind Widerruf, d. i. Zurücknahme der Ermächtigung (§. 1020), und Aufkündigung d. i. Zurücklegung der Vollmacht (§. 1021), im Zweifel auch der Tod sowohl des Repräsentanten als auch des Repräsentirten (§§. 1022, 1023) die gewöhnlichen Endigungsarten des Repräsentationsverhältnisses; nach positiver Vorschrift hat die gleiche Wirkung die Eröffnung des Concurses über den einen oder anderen (§. 1024).[1]) Das Gesagte gilt auch im Verhältniß zwischen dem Substituenten und dem Substituten, da die Substitution ebenfalls eine Vollmacht ist.[2])

Im Verhältniß zum Dritten bildet die Grundlage des Repräsentationsverhältnisses die (ausdrückliche oder stillschweigende) offene Vollmacht, welche eine Erklärung an den Dritten ist, die Handlungen des Repräsentanten als eigene des Repräsentirten ansehen zu wollen; es muß also diese Erklärung dem Dritten gegenüber zurückgenommen werden, respect. die aufhebende Thatsache ihm bekannt geworden sein, damit das Repräsentationsverhältniß auch in Bezug auf ihn aufhöre. Darum bleiben die von dem gewesenen Repräsentanten mit dem Dritten, dem die Erlöschung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist, im Namen des gewesenen Geschäftsherrn geschlossenen Geschäfte aufrecht, und letzterer kann sich nur an dem dolos handelnden Repräsentanten wegen Ersatzes erholen

16) Letzteren Grund gibt Savigny a. a. O. an.

1) Widerruf, Aufkündigung und Tod sind Erlöschungsarten auch nach röm. R., der Concurs wohl nach heutigem gemeinen, nicht auch nach röm. R. Vgl. Wilda im Rechtslex, II. S. 719, Günther ebda. I. S. 327. Die Erlöschung auf Seiten des Machtgebers rechtfertigt sich dadurch, daß vom Augenblicke der Concurseröffnung an die Verwaltung des Vermögens des Cridatars an die Gesammtheit der Gläubiger übergeht.

2) Das Gesagte gilt aber nicht unbedingt für den Vormund, Curator oder Sequester als gerichtliche Substituten.

Digitized by Google

(§. 1026).[3]) Dies gilt jedoch nicht ebenso für den Fall der Erlöschung durch Concurs; durch dessen Eröffnung erlischt die Vollmacht auch in Bezug auf den Dritten, da sich Niemand mit der Unkenntniß der edictalen Kundmachung der Concurseröffnung entschuldigen darf[4]), und findet nur die Entschuldigung nach §. 3 C. O. statt.

Die Erlöschungsarten der nothwendigen Repräsentanz werden im besonderen Theile ihre specielle Darstellung finden. Hier ist nur im Allgemeinen zu bemerken, daß die Repräsentationsbefugniß des ehelichen Vaters durch die Aufhebung der väterlichen Gewalt, die des Vormundes und Curators durch die gesetzlich normirten Erlöschungsgründe der Vormundschaft und der Curatel, die des Ehemannes durch das Aufhören der ehelichen Verbindung, überdies aber auch durch den von der Ehegattin erhobenen Widerspruch (§. 1238), die der Repräsentanz juristischer Personen durch die Entlassung der damit betrauten Organe, die des Testamentsexecutors durch die Vollendung des Geschäftes ihr Ende erreicht.[5]) Auch hier aber gilt der Grundsatz, daß diese Erlöschungsthatsachen dem Dritten gegenüber erst dann wirken, wenn sie ihm bekannt geworden sind, oder hätten bekannt sein sollen (§. 1026).[6])

§. 132. Rechtliche Natur der Schenkung.[1])

Eine Reihe von Rechtsgeschäften verschiedenen Inhalts kann die Eigenthümlichkeit annehmen, daß sie als absichtliche Bereicherungen eines Dritten mit eigener Vermögensaufopferung auftreten. Sie heißen dann Schenkungen. Die Schenkung ist also nicht ein einzelnes Rechtsgeschäft, sondern ein allgemeiner Charakter, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte

3) Ebenso befreit nach röm. R. im Falle der Erlöschung des Mandates durch den Tod oder Widerruf die vom Dritten, dem diese Erlöschung nicht bekannt war, an den gewesenen Mandatar erfolgte Zahlung den Zahlenden. Heimbach Rechtslex. VII. S. 28—31. Keller §. 315. Haimberger IV. S. 155, 156. Wegen der indirecten Stellvertretung bei den Römern läßt sich aber dieser Grundsatz wohl kaum auf andere Geschäfte ausdehnen.

4) Dies folgt auch aus dem natürlichen Sinne des §. 1026, der sich als Fortsetzung des §. 1025 darstellt (arg. verb. „auch"), worin nur von der Erlöschung durch Widerruf, Aufkündigung und Tod die Rede ist.

5) Die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des der väterlichen Gewalt unterstehenden Kindes, des Mündels oder der Frau zerstört naturgemäß sofort das Verwaltungsrecht des Vaters, Vormundes oder Gatten, da die Verwaltung des Cridavermögens an die Gemeingläubiger übergeht. Hingegen ist die Concurseröffnung über das Vermögen des Vaters, Vormundes oder Ehemannes noch kein Erlöschungsgrund des Vertretungsrechtes dieser Personen, weil dies im Gesetze nirgends verfügt ist, und volle Handlungsfähigkeit keine wesentliche Eigenschaft des Repräsentanten ist (§. 1018). Wohl aber wird das vormundschaftliche Gericht den cridatarischen Vormund oder Curator entlassen müssen (§. 191 mit §. 254).

6) Denn im §. 1026 heißt es: „ohne sein Verschulden".

1) Vgl. bes. Savigny IV. S. 1—297 und 563—601.

Digitized by Google

annehmen können.[2]) Hierdurch rechtfertigt sich ihre Stellung im allgemeinen Theil[3]) von selbst.

Das b. G. B. bezeichnet die Schenkung als einen Vertrag, wodurch eine Sache Jemanden unentgeltlich überlassen wird (§. 938). Mit dieser anscheinend abweichenden Fassung sollte gleichwohl der Schenkung kein anderer, als der erwähnte Charakter beigelegt werden. Unter Sachen versteht das G. B. (§§. 285, 291) nicht nur die körperlichen, sondern auch Rechte, und die „Ueberlassung" ist ihm gemäß der alten naturrechtlichen Auffassung nicht nur die Uebertragung von Vermögensrechten, sondern auch die Begründung neuer (§§. 1045, 1053), sowie das Aufgeben bestehender Rechte (§§. 939, 1381 mit §. 938) zu Gunsten anderer Personen.[4]) Geschieht diese „Ueberlassung" in der Absicht, vom Gegentheile ein Aequivalent zu erhalten, dann heißt sie entgeltlich, sonst unentgeltlich. In letzterem Falle liegt eine absichtliche Bereicherung des Gegentheils auf Kosten des Vermögens des Ueberlassenden vor, und es ist also auch nach österreichischem Rechte die Schenkung ein Rechtsgeschäft, welches eine Vermögensaufopferung zum Zwecke der Bereicherung eines Anderen zum Inhalte hat. Die Subjecte dieses Rechtsgeschäftes werden Geschenkgeber und Geschenknehmer (donatarius) genannt.

Der Ausdruck Schenkung wird im b. G. B. in einem weiteren und einem engeren Sinne genommen. Im ersteren Sinne ist Schenkung jedes mit dem bezeichneten Charakter versehene Rechtsgeschäft (§§. 789, 791)[5]); im engeren und eigentlichen Sinne aber werden nur die zweiseitigen Rechtsgeschäfte der erwähnten Art, also jene, die Verträge sind, so genannt (§§. 938, 939, 1381). Nur mit diesen sind die der Schenkung eigenthümlichen Wirkungen (eigenthümliche Form und Widerruflichkeit) verknüpft, daher nur von diesen hier gehandelt wird.

Die wesentlichen Erfordernisse der Schenkung im eigentlichen Sinne sind nach österreichischem Recht folgende:

1) Die Schenkung ist ein Vertrag.[6]) Daran kann bei dem bestimmten Wortlaut der §§. 938, 943, 946 nicht gezweifelt werden, und darauf

2) Savigny S. 3. Vangerow I. S. 197. Puchta Pand. §. 68.

3) Diese Stellung hat ihr zuerst Puchta System (1832) angewiesen.

4) Die naturrechtliche Schule erklärte sowohl das Schuldversprechen als den Schulderlaß als Ausscheidung eines Rechtes aus der „eigenen Rechtssphäre" und dessen Uebertragung in eine fremde. Vgl. z. B. Gros Lehrbuch d. Naturr. 6. Aufl. 1841 §. 178, wo der Vertrag definirt wird als die „übereinstimmende Willenserklärung, wodurch ein Recht auf eine Leistung von dem Einen auf den Andern übertragen wird". Darum heißt es auch im §. 861 b. G. B.: „Wer sich erkläret, daß er Jemanden sein Recht übertragen d. h. daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun oder seinetwegen etwas unterlassen wolle" u. s. w. Vgl. Unger S. 172 Note 15.

5) Schenkung im weitern Sinne ist gleichbedeutend mit Freigebigkeit (oder Liberalität), und wird daher dieser Ausdruck im §. 789 (cf. §. 791) als identisch mit Schenkung gebraucht.

6) Vgl. Unger S. 196, 197. — Savigny S. 18, 19 und Keller §. 63 bezeichnen die Schenkung als ein Geschäft unter Lebenden; dieser Beisatz versteht sich von selbst, da einem Geschäft

Digitized by Google

beruht es, daß die Verzichtleistung auf ein Recht, wenn damit nicht zugleich die Uebertragung auf einen Anderen oder die Zustimmung des Verpflichteten verbunden ist, nicht als Schenkung gilt, während sie im Gegenfalle als solche anzusehen ist, mag auch das Recht nur ein gehofftes (z. B. ein Lotteriegewinn), oder ein erst angefallenes (z. B. eine angefallene Erbschaft oder ein solches Vermächtniß), oder ein streitiges und zweifelhaftes sein, weil es eben nicht nothwendig ist, daß das erlassene Recht über allen Zweifel erhaben sei (§§. 939, 1381).[7] Es sind also der Erbverzicht (§. 551) und die Erbsentschlagung (§. 805), obwohl Bereicherungen eines Anderen auf Kosten des Verzichtenden, nicht Schenkungen[8], und haben daher auch nicht die Wirkungen solcher; um so weniger kann in einer bloßen Unterlassung, wenn sie auch bereichernde Wirkung hat, wie z. B. in dem Nichtgebrauch einer Servitut oder in der Nichtanstellung einer Klage, wodurch diese der Verjährung entgegengeführt wird, eine Schenkung gefunden werden.[9] Der Schenkungsvertrag muß mit dem Beschenkten geschlossen werden; kommt der mit einem Anderen geschlossene Vertrag nur mittelbar dem Dritten zu Statten, wie z. B. der mit dem Erblasser geschlossene Erbverzicht dem nunmehrigen nächsten Erben (Note 8), das dem Manne übergebene Heirathsgut der Frau u. s. w., so liegt in solchen Verträgen keine Schenkung an den Dritten.[10])

2) Vermögensaufopferung auf Seite des Geschenkgebers, d. i. Verminderung seines gegenwärtigen oder künftigen Vermögens (§. 944). Zum Vermögen gehören auch Forderungen auf vermögensrechtliche Leistungen, und ihr Werth ist jenem ihres Gegenstandes selbst bei insolventen Schuldnern gleich, weil die von diesen geschehende Zahlung nie als Schenkung, nie als eine Vermehrung des Vermögens des Gläubigers angesehen werden kann[11]), während umgekehrt der unentgeltliche Nachlaß einer streitigen oder zweifelhaften Schuld (§. 1381) als Schenkung erklärt wird. Die Vermögensaufopferung erfolgt entweder durch Ausscheidung einzelner Bestandtheile aus dem Activbestande des gegenwärtigen oder künftigen Vermögens oder durch die Vergrößerung seines Passivstandes; der letztere Fall

---

auf den Todesfall das Merkmal der Vermögensaufopferung mangelt. Die Frage, ob die Schenkung wesentlich ein Vertrag sei, ist streitig. Sie wird für das gemeine Recht bejaht von Puchta §. 68, Arndts §. 80, Bangerow I. S. 194, Unger S. 195—197, verneint von Savigny S. 146, 147, Keller §. 65; für das österr. R. verneint von Dollinger Ztschr. f. R. u. St. 1836 II. S. 331 f. und Wildner ebda. 1839 I. S. 188 f. — Da eine Schenkung auf den Todesfall thatsächlich nur eine (betagte) Schenkung unter Lebenden und nach §. 938 ein Vertrag ist, so muß sie selbst im Falle des ersten Satzes des §. 956 in Vertragsform errichtet werden, widrigens sie nicht nur der Wirkung, sondern auch der Sache nach nur ein Legat ist.

7) Ob also die Ausschlagung eines Legates eine Schenkung ist oder nicht, hängt davon ab, ob sie dem Gerichte oder dem Erben gegenüber erfolgt.

8) Denn der Erbverzicht wird mit einem Dritten (dem Erblasser) geschlossen, und die Erbsentschlagung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.

9) Savigny S. 18, 19, 563—587, Keller §. 63.

10) Vgl. aber unten Note 23.

11) Savigny S. 126, 127.

Digitized by Google

liegt auch bei Constituirung einer erst nach dem Tode zahlbaren Schuld vor, weil eine derlei unwiderrufliche Schuld in der gewöhnlichen Vorstellungsweise als eine gegenwärtige (§. 785)[12]), aber nur noch nicht fällige aufgefaßt wird. Die bloße Unterlassung eines künftigen Erwerbes ist niemals eine Schenkung.[13])

Von diesem Gesichtspunkte aus können daher der Leihvertrag, das Darlehen, die unentgeltliche Verwahrung, Geschäftsführung oder Dienstleistung regelmäßig[14]) nicht als Schenkungen angesehen werden, weil dadurch der Umfang des Vermögens des Wohlwollenden nicht berührt wird.[15]) Ebensowenig ist eine solche die Erbseinsetzung oder das Vermächtniß[16]), da hiedurch eine Vermögensaufopferung auf der Seite des Testators oder Erbscontrahenten nicht herbeigeführt wird; wohl aber die sog. Schenkung auf den Todesfall, weil hiedurch entweder etwas aus dem Vermögen des Geschenkgebers sofort ausgeschieden[17]) oder wenigstens eine bereits bei Lebzeiten auf dem Vermögen haftende Schuld contrahirt wird.[18]) Aus dem gedachten Grunde sind die Widerlage (§. 1230) und der Witwengehalt (§. 1242) als Unterarten der Schenkung auf den Todesfall wahre Schenkungen[19]), keineswegs aber die auf den Todesfall verstandene Gütergemeinschaft (§. 1234), der Erbvertrag (§. 1249) und das Advitalitätsrecht (§. 1255), außer wenn sie sich durch Beschränkung auf einzelne Sachen in wahre Schenkungen auf den Todesfall verwandeln (§§. 1236, 1256). Eine schon auf die Lebenszeit verstandene Gütergemeinschaft ist bald eine Schenkung, bald auch nicht.

---

12) Als eine „schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftende".

13) Savigny S. 28, Keller §. 63, Unger 192, 193.

14) Eine wahre Schenkung wäre die unentgeltliche Ueberlassung des Genusses eines Landgutes (Savigny S. 40) oder eines zinstragenden Capitals, während das unverzinsliche Darlehen nicht etwa als Schenkung der Zinsen anzusehen ist. Auch der Nachlaß künftiger Zinsen ist eine Schenkung nur insofern das Capital noch nicht aufkündbar ist; vgl. Unger S. 193 Note 17.

15) Savigny S. 27, 28. Unger S. 192. Eine Ausnahme macht Savigny, wenn der Handelnde durch dieselbe Thätigkeit hätte anderwärts Geld erwerben können, und zählt das Commodat einer Wohnung (S. 33), das Depositum in einem Magazin, worin Waaren gewöhnlich nur gegen Bezahlung aufgenommen werden (S. 35), das unentgeltliche Mandat, betreffend Arbeiten, wofür man gewöhnlich Bezahlung empfängt (ebda.), zu den Schenkungen; allein vgl. dagegen Unger S. 192 Nte. 12.

16) Da indeß das Legat mit einer Schenkung Verwandtschaft hat, so wird es im röm. R. häufig donatio genannt. Savigny S. 21. Unger S. 193 Note 17 a.

17) Z. B. bei einer mit Hinsicht auf eine nahe Todesgefahr erfolgten schenkungsweisen Ueberreichung („quod praesens praesenti dat").

18) Die Schenkung auf den Todesfall ist ein Geschäft unter Lebenden (Unger Erbr. §. 77 Anm. 13. Savigny IV. S. 18, 19 mit S. 239 f.). Sie constituirt eine, wie §. 785 sagt, schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftende Schuld. Sie kann darum eventuell nach §. 951 angefochten werden, und ist, wie bedeutende Schenkungen überhaupt, als eine anticipirte Vertheilung des Nachlasses zu behandeln.

19) Sie unterscheiden sich von der gewöhnlichen Schenkung auf den Todesfall nur dadurch, daß sie regelmäßig (Ausnahmen: §. 1260, 1266) das Ueberleben des Bedachten voraussetzen.

Digitized by Google

3) Bereicherung auf Seite des Empfängers (lucrativa causa)[20], d. i. Vermehrung seines Vermögens durch Vergrößerung des Activ- oder Verminderung des Passivstandes. Daher entsteht keine Schenkung, wenn durch die wohlwollende Thätigkeit des Zuwendenden nicht der Umfang des Vermögens erweitert, sondern nur dessen Genuß gesichert wird, wie z. B. wenn eine nicht klagbare Schuld bezahlt, wenn für eine Schuld Bürgschaft geleistet oder ein Pfand bestellt oder umgekehrt erlassen wird (§. 1369).[21] Ebensowenig ist es eine Schenkung, wenn der Gewinn durch eine entgegenstehende Aufopferung aufgewogen wird, wie z. B. bei der Zahlung einer Schuld, beim Kauf, Tausch, bei der Erfüllung eines Schenkungsversprechens.[22] Darum ist auch die Bestellung eines Heirathsgutes, selbst wenn sie das Maß der diesfälligen Verpflichtung (§. 1220) übersteigt[23], und ebenso die einer Ausstattung (§. 1231)[24], keine Schenkung, es sei denn bei ersterer der Mann von dessen Rückzahlung entbunden worden (§. 1229).[25] Selbst

---

20) Darüber vgl. Savigny S. 10—12, 56, Puchta §. 68.

21) Savigny S. 53—56.

22) Vgl. Savigny S. 56—58. Damit steht im Zusammenhange der von manchen Schriftstellern (z. B. Puchta §. 68, Unger S. 190) als besonderes Merkmal hervorgehobene Charakter der Liberalität (Freigebigkeit) §. 789, dessen Wesen darin besteht, daß die bereichernde Vermögenszuwendung freiwillig erfolgt, also ohne daß man vom Gegentheile dazu gezwungen werden könnte (L. 29. pr. D. 39. 5. Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur). Allein dieses Merkmal folgt von selbst aus dem Begriffe der Bereicherung, indem Jener, der auf die Leistung ein Zwangsrecht hat, durch dieselbe nicht bereichert wird. Insofern übrigens in dem Begriffe der Liberalität auch das Merkmal der Vermögensaufopferung und der absichtlichen Bereicherung liegt, erscheint sie mit dem Begriffe der Schenkung im weiteren Sinne identisch, (wird auch im §. 789 so gebraucht) und kann daher nicht als ein besonderes Merkmal derselben betrachtet werden.

23) Vgl. Entsch. G. H. 1863 Nr. 13 [= Sammlung IV. Nr. 1631]. Dagegen ist in Entsch. G. H. 1870 Nr. 60 [= Sammlung VIII. Nr. 3807] die Bestellung des Heirathsgutes von Seite einer hiezu nicht verpflichteten Person (dem Ziehvater der Braut) als Schenkung erklärt und dem auf die Zahlung desselben gegen den Besteller klagenden Manne das Klagrecht abgesprochen worden, weil die Bestellung nur mündlich erfolgt war. Ebenso behauptet Swoboda Erört. S. 103 f. und G. Z. 1870 Nr. 70, 71, daß die Bestellung eines Heirathsgutes durch einen Dritten, mag dieser dazu verpflichtet sein oder nicht, eine Schenkung an den Ehemann involvire, weil dieser dadurch, ohne Unterschied, ob er zur Rückstellung verpflichtet ist oder nicht, bereichert erscheint, und die Ehelichung oder die Tragung der ehelichen Lasten nicht als Entgelt für das versprochene Heirathsgut angesehen werden könne. In Nr. 71 theilt er aber eine entgegengesetzte Entsch. des O. G. H. [= Sammlung VII. Nr. 3636] mit, die sich darauf stützt, daß die Zusicherung des Mannes, die Braut zu ehelichen, die Unentgeltlichkeit aufhebe. Ebenso ist nach Entsch. G. H. 1871 Nr. 49 [= Sammlung IX. Nr. 4005] die Bestellung des Heirathsgutes durch eine dazu nicht verpflichtete Person nicht als Schenkung zu betrachten.

24) Vgl. Entsch. G. H. 1864 Nr. 28 [= Sammlung IV. Nr. 1743].

25) Heirathsgut und Ausstattung sind nach §. 788 als Vorschüsse auf den künftigen Erbtheil zu betrachten, und entbehren daher der bereichernden Wirkung. Dagegen ist die Loszählung von der Einrechnung des Heirathsgutes oder der Ausstattung in den Erb- und Pflichttheil eine Schenkung, trägt aber im Allgemeinen nur die Natur eines Legates an sich.

Digitized by Google

eine wahre Schenkung verliert diesen ihren Charakter, wenn die Anfangs vorhandene Bereicherung in der Folge wieder verschwindet (§§. 947, 949).[26])

4) Die Absicht der Bereicherung (animus donandi), welche in der Person des Geschenkgebers vorhanden sein muß.[27]) Es ist also keine Schenkung, wenn das Bewußtsein der Bereicherung fehlt, wie bei der irrigen Zahlung einer Nichtschuld, bei dem aus Unkenntniß des wahren Werthes erfolgten Verkauf unter oder Ankauf über dem Werthe[28]), oder wenn zwar das Bewußtsein der Bereicherung vorhanden ist, jedoch eine andere Absicht als die der Bereicherung das Motiv des Geschäftes bildet[29]), wie z. B. wenn man eine Sache wissentlich über ihren wahren Werth bezahlt, weil sie unentbehrlich ist, oder in der Noth unter dem Werthe losschlägt. Hierher gehört daher auch der Nachlaß eines Theiles der Forderung, um durch Vermeidung des Rechtsstreites die Proceßkosten zu ersparen, der Vergleich der Gläubiger mit dem insolventen Schuldner (§. 1380 mit 1381), die Verzichtleistung auf ein onerirtes Legat; selbst die Verpflegung eines fremden Kindes aus Mitleid ist nur als Schenkung an letzteres, nicht gegenüber dessen Eltern anzusehen, und eben so wenig ist die aus Pietät für das Andenken des Erblassers erfolgte Zahlung der Schulden und Legate über die Kräfte des Nachlasses als Schenkung zu betrachten.[30])

Aus dem Gesagten folgt aber nicht, daß die Bereicherungsabsicht auf reinem Wohlwollen beruhen muß; es können damit auch andere, sogar selbstsüchtige Motive concurriren, wenn nur die Bereicherung des Empfängers den nächsten Zweck der Handlung bildet.[31]) Darum ist auch eine sog. remuneratorische Schenkung, d. i. eine solche, die als Belohnung für Handlungen des Beschenkten erscheint, für welche derselbe auf ein Entgelt keinen oder nicht so weit gehenden Anspruch hatte (z. B. für erwiesene Wohlthaten, für gutes Betragen, für eine vorausgegangene Schenkung) eine wahre Schenkung (§. 940)[32]), und sie darf daher nicht so aufgefaßt werden,

---

26) Savigny S. 58—73.

27) Savigny S. 77, 78. Dagegen verlangen die meisten Schriftsteller, daß die Bereicherungsabsicht auch in der Person des Empfängers vorhanden sei (Puchta §. 68, Unger S. 195, 196 u. A.). Allein warum sollte es keine Schenkung sein, wenn Jemand aus geheimer Liebe unter dem Werth verkauft oder wissentlich eine Nichtschuld zahlt? (Vgl. Savigny S. 146, 147). Der zweite dieser Fälle wird auch vom b. G. B. (§. 1432) für eine Schenkung erklärt.

28) Savigny S. 79.

29) Vgl. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 63 [nicht enthalten in den Sammlungen].

30) Savigny S. 79—86. Die Bereicherungsabsicht muß im Streitfalle erwiesen werden; darauf stützt sich der bekannte Grundsatz: Donatio non praesumitur, der aber oft unrichtig ist, vgl. z. B. §. 1431 b. G. B. Insbesondere wird der animus donandi präsumirt, wenn der Mann seiner Frau etwas an Schmuck, Edelsteinen oder anderen Kostbarkeiten gegeben hat (§. 1247), ferner bei Allem, was die Eltern den Kindern außer dem Falle des §. 788 zugewendet haben (§. 791). Vgl. Unger II. S. 109 Note 16. Auch §. 186 scheint hieher zu gehören. §. 935 gestattet überhaupt eine solche Präsumtion aus dem Verhältnisse der Personen.

31) Savigny S. 87.

32) Hieher gehört in gewisser Beziehung auch die Morgengabe; vielleicht auch die (nicht mit der gehörigen Ausführlichkeit mitgetheilte) Entsch. G. H. 1869 Nr. 12 [= Sammlung VI. Nr. 3199], in welcher A, der mit der ent-

Digitized by Google

als ob die vorausgegangene unentgeltliche Dienstleistung durch die nachfolgende Belohnung in eine entgeltliche umgewandelt worden wäre.[33]) Sie verliert aber naturgemäß den Charakter der Schenkung, wenn für die verdienstliche Handlung im Voraus eine Belohnung zugesichert wurde[34]), oder wenn sie, wie z. B. der Finderlohn, der Rettungslohn, die Belohnung der Vormünder u. s. w. vom Gesetze vorgeschrieben ist (§. 941), weil eine solche Belohnung nur eine gewöhnliche Schuldzahlung ist, die nach dem eben Erwähnten dem Begriffe einer Schenkung widerstreitet. Aus diesem Grunde verlieren auch wechselseitige Schenkungen, wenn sie ausdrücklich bedungen wurden, die juristische Natur einer Schenkung und können nur hinsichtlich des Ueberwerthes als solche betrachtet werden (§. 942).[35])

Mit den dargestellten Merkmalen kommt die Schenkung bei den verschiedensten Rechtsgeschäften vor[36]), und zwar als Uebertragung, Neubegründung oder als Aufgeben von Rechten[37]), insbesondere

a) bei Rechtsgeschäften, wodurch dingliche Rechte begründet oder aufgehoben werden. Der regelmäßige derivative Begründungsact dinglicher Rechte ist die Tradition (§. 425); diese wird also zur Schenkung, sobald sie mit den obigen Merkmalen versehen ist. Auf diese Art kann Eigenthum und die verschiedenen dinglichen Rechte an fremden Sachen, und zwar die letzteren sowohl durch Verleihung von Seite des Eigenthümers, als auch durch Uebertragung vom bisher Berechtigten an einen Anderen in der Hand des Beschenkten entstehen; jedoch bildet die bloße Uebertragung des Besitzes nur insoweit, als sie zur Ersitzung führt, die Bestellung oder Uebertragung des Pfandrechts hingegen in keinem Falle eine Schenkung.

Auch die Gestalt der Dereliction kann eine Schenkung annehmen, wenn erstere unter Umständen erfolgt, unter welchen nur Jenem Gelegenheit zur Occupation gegeben wird, den der Derelinquirende zu bereichern beabsichtigt[38]); denn in diesem Falle involvirt sie einen Vertrag.

Was die Dereliction beim Eigenthum ist, das ist die Verzichtleistung bei den auf fremden Sachen haftenden dinglichen Rechten, nur daß durch

---

ehrten B einen mündlichen Vergleich dahin abschloß, daß sie von ihm im Falle einer Heirath als Entschädigung für die Entehrung 500 fl. zu fordern berechtigt sein solle, über die auf Zahlung der 500 fl. gerichtete Klage der B zu zahlen nicht schuldig erklärt wurde, weil hier mit Hinsicht auf §. 1328 eine Schenkung vorliege. (§. 1174?)

33) So auch nach röm. R., welches aber zwei Ausnahmen kennt, nämlich im Falle einer Schenkung für die Lebensrettung und für Dienstleistungen, wofür gemeiniglich ein Lohn entrichtet wird. Vgl. Savigny S. 94—99. Nach österr. R. bestehen solche Ausnahmen nicht, und es ist daher auch z. B. eine Schenkung für Lebensrettung wegen Undankbarkeit widerruflich.

34) Hingegen erklärt Entsch. G. Z. 1870 Nr. 8 [= Sammlung VII. Nr. 3577] das Versprechen einer Belohnung dafür, daß die Tochter sich ihres Rechtes, sich in einer strafrechtlichen Untersuchung gegen ihren Vater der Aussage zu entschlagen, bediene, für eine Schenkung.

35) Ein Fall wäre, wenn die Gattin auf die Rückerstattung des Heirathsgutes verzichtet, der Gatte ihr aber dafür eine Widerlage verschrieben hätte.

36) Savigny S. 104—134.

37) Savigny §. 156—158.

38) Savigny S. 107, 108; vgl. auch Puchta §. 148 Note k, Unger S. 191 Note 10.

Digitized by Google

diese nur der Eigenthümer (nicht, wie bei der Dereliction auch ein Anderer) gewinnen kann, und sie wird, wenn sie mit der Absicht, den Letzteren zu bereichern und mit seiner Zustimmung erfolgt (§. 939), zur Schenkung.[39]) Tradition, Dereliction und Verzicht sind also die auf dem Gebiet dinglicher Rechte vorkommenden Rechtsgeschäfte, die zugleich im Gewande der Schenkung auftreten können.

b) Die Schenkung kommt vor bei Rechtsgeschäften, durch welche eine Forderung verschafft wird, und zwar entweder eine Forderung an den Geschenkgeber oder an einen Dritten.[40]) Ersteres erfolgt durch das sog. Schenkungsversprechen d. i. durch die von dem Beschenkten angenommene Zusicherung, letzterem eine dessen Vermögen vermehrende Sache unentgeltlich übertragen zu wollen (§. 943), letzteres durch eine unentgeltliche Cession (§. 1397).

c) Endlich erscheint die Schenkung in der Form der Befreiung von einer Schuld. Auch dies ist in zweifacher Weise möglich[41]); einmal durch Erlaß einer eigenen Forderung, den sog. Schulderlaß, zu dessen Perfection die Zustimmung des Verpflichteten erforderlich ist (§. 939); die Forderung muß zwar eine rechtsgiltige sein[42]); daß aber die Rechtsgiltigkeit über jeden Zweifel erhaben sei, ist nicht nothwendig (§. 1381 und 939). Zum Anderen kann die Befreiung erfolgen durch Aufhebung einer fremden Forderung durch deren Zahlung, Expromission u. s. w., die, um eine Schenkung zu sein, gleichfalls mit Zustimmung des Schuldners erfolgen muß. —

Schenkungen werden eingetheilt:

1) in die bereits erwähnten Schenkungsverträge und Schenkungen im weiteren Sinne, d. i. solche, die keine Verträge sind;

2) in Schenkungen unter Lebenden (don. inter vivos) und auf den Todesfall (don. mortis causa). Unter den letzteren versteht man solche, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Geschenkgebers erfolgen soll (§. 956)[43]); darüber im Erbrecht.

3) in Schenkungen einzelner Sachen und eines ganzen Vermögens.[44]) Eine Schenkung der letzteren Art ist auch dann vorhanden, wenn eine Quote, sei es des gegenwärtigen oder künftigen Vermögens verschenkt wird.[45]) Da unter einem Vermögen sowohl die Rechte, als die Verbindlichkeiten einer bestimmten Person verstanden werden, so hat eine solche Schenkung das Eigenthümliche, daß der Beschenkte dadurch die Verpflichtung übernimmt, auch die Schulden des Geschenkgebers zu bezahlen[46]);

39) Nach Umständen muß zur vollen Aufhebung des dinglichen Rechtes Retradition und bezw. bücherliche Löschung hinzutreten. Wo keine öffentlichen Bücher bestehen, genügt z. B. zur Aufhebung der Servitut des Weiderechtes die bloße Verzichtleistung; bestehen öffentliche Bücher, so muß auch bücherliche Löschung erfolgen.

40) Vgl. Savigny S. 118—126.

41) Vgl. Savigny S. 126—134.

42) Savigny S. 127.

43) Savigny S. 241, Unger S. 199, 200.

44) Vgl. Savigny S. 134—145.

45) Savigny S. 135.

46) Savigny S. 137, Keller §. 64; abweichend die Entsch. G. Z. 1873, Nr. 88 [= Sammlung X. Nr. 4804].

Digitized by Google

jedoch kommen die Gläubiger erst durch die vollständige Assignation (§. 1402)[47]) in ein unmittelbares Rechtsverhältniß mit dem Beschenkten; auch steht ihnen außerdem das Rechtsmittel des §. 953 zu Gebote. Diese Schuldübernahme bezieht sich jedoch bei einer Schenkung des gegenwärtigen Vermögens nur auf die vor der Schenkung vorhandenen, bei jener des künftigen Vermögens nur auf die erst künftig entstehenden Schulden, und zwar nach Verhältniß der geschenkten Vermögensquote.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Schenkung eines Vermögens keine Universalsuccession wirkt[48]); es zeigt sich dieses aber auch in der unbezweifelbaren Erscheinung, daß die einzelnen körperlichen Vermögensstücke nur im Wege der Tradition in das Eigenthum des Beschenkten übergehen.[49])

Eine Verschenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens unterliegt bei demjenigen, der darüber frei verfügen kann, keinem rechtlichen Anstand; die Verschenkung des künftigen ist jedoch höchstens bis zur Hälfte desselben giltig[50]), weil es nicht gestattet werden kann, durch derlei Privatdispositionen den öffentlichen Versorgungsanstalten eine Last aufzubürden, und weil das Widerrufungsrecht des §. 947 keine ausreichende Hilfe gewährt (§. 944).

§. 134. Die Veräußerung (alienatio).[1])

Veräußerung (alienatio) im weiteren Sinne ist ein auf das Aufgeben oder die Beschränkung eines Rechtes (sei es auch nur für die Zukunft) gerichtetes Rechtsgeschäft unter Lebenden. Es ist danach Veräußerung nicht nur die Uebertragung eines Rechtes durch Tradition oder Cession, sowie das Aufgeben eines solchen durch Dereliction oder Schulderlaß, sondern auch die Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache des Bestellers[2]), sowie die vertragsmäßige Eingehung der Verbindlichkeit, eine Sache erst künftig übergeben zu wollen[3]); ja auch die Verzichtleistung auf einen künftig

47) Eine solche liegt aber auch schon in der bloßen Verständigung der Gläubiger durch den Geschenkgeber oder Geschenknehmer (§. 1019).

48) Savigny S. 136, Arndts §. 82, Keller §. 64.

49) Savigny a. a. O.

50) Für das röm. R. gibt Savigny S. 142—145 nur die Zulässigkeit der Schenkung eines Theiles des künftigen Vermögens zu, weil sonst die Schenkung in einen Erbvertrag überginge, der nach röm. R. unzulässig ist; für das heutige gemeine R. anerkennt er aber auch die Zulässigkeit der Schenkung des ganzen künftigen Vermögens. Puchta §. 71 Note g ist auch vom Standpunkt des reinen röm. R. für deren unbedingte Zulässigkeit. Das ist auch das Richtige. Der Gefährlichkeit einer solchen Schenkung steuerte das röm. R. durch das beneficium competentiae, vermöge dessen jeder Schenkungsversprecher so viel zurückbehalten konnte, als zu seinem Unterhalte erforderlich ist. Savigny S. 121, Puchta §. 70.

1) Vgl. Savigny IV. S. 544—549, Unger II. S. 173—189, Arndts §. 57.

2) Unger S. 175, 176.

3) Z. B. eines Kaufvertrages, dem die Tradition erst folgen soll. Dagegen Unger S. 178; allein vgl. den Ausdruck „veräußern" in §. 430 und 1008. — Ebenso bestreitet Unger S. 176 (mit Unrecht), daß Vermiethung und Verpachtung Veräußerungen seien; es unter-

Digitized by Google

von selbst eintretenden Erwerb, z. B. auf eine anzuhoffende Erbschaft wird als Veräußerung angesehen[4]), während der bloße Nichterwerb eines Rechtes nicht als Veräußerung gilt. Es ist also die Veräußerung ein Rechtsgeschäft von allgemeiner Natur.[5]) Nicht fällt aber unter ihren Begriff die Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer rein persönlichen Handlung, wodurch in den Bestand des Vermögens nicht eingegriffen wird[6]), auch nicht die Aufhebung eines Rechtes durch eine von dem Willen des Berechtigten verschiedene Thatsache, selbst wenn der Berechtigte deren Eintritt hätte verhindern können (z. B. Verjährung, Unterlassung der Vertheidigung im Proceß)[7]); ebensowenig die Errichtung eines Erbvertrages oder einer letztwilligen Anordnung[8]), daher denn auch das Veräußerungsverbot das Verbot des Testirens nicht in sich faßt (§. 610), während das Belastungsverbot darin begriffen ist[9]); eine (vertragsmäßige) Schenkung auf den Todesfall aber gilt in allen Fällen als wirkliche Veräußerung.

Der Begriff der Veräußerung ist namentlich von Bedeutung für die Lehre von der Handlungsberechtigung jener Personen, denen nur eine theilweise Handlungsfähigkeit zukommt (§. 244), für die Beurtheilung des Umfangs einer Vollmacht (§. 1008), eines Veräußerungsverbotes (§. 610) ꝛc. Daraus begreift sich, warum der Minderjährige wohl testiren (§. 569), als Bevollmächtigter interveniren (§. 1018), eine Sache in Besitz nehmen (§. 310), der gerichtlich erklärte Verschwender oder Cridatar sich zu Diensten verdingen kann (§. 5. C. O.), warum aber, da solchen Personen regelmäßig jede eigenmächtige Veräußerung untersagt ist (§. 244. b. G. B. §. 3. C. O.) dem Minderjährigen (wie dem Cridatar) das Recht nicht zusteht, eine Erbschaft oder ein Vermächtniß anzunehmen oder auszuschlagen (§. 233, 805, Hofd. v. 8. Mai 1835)[10]), ebensowenig das Recht, einen Kaufvertrag abzuschließen (§. 865)[11]), ein Recht aufzugeben (§. 1444) oder eine Zahlung zu leisten (§. 1421, 1433).

Eine Species der Veräußerung ist der Verzicht (renunciatio) d. i. das Aufgeben eines Rechtes ohne dessen Uebertragung an einen Andern[12]), während das mit gleichzeitiger Uebertragung an einen Anderen verbundene

---

liegt keinem Zweifel, daß in der dem Cridatar (§. 3. C. O.) benommenen Veräußerungsfähigkeit auch die Verpachtungsfähigkeit begriffen ist.

4) Dagegen Unger S. 173; nimmt man aber mit Unger selbst (S. 179) an, daß der Verzicht nur eine Species der Veräußerung ist, so muß auch der Erbverzicht, sowie die Ausschlagung einer Erbschaft als Veräußerung angesehen werden. Vgl. auch §. 879 Nr. 4, wo von der Veräußerung einer anzuhoffenden Erbschaft die Rede ist.

5) Unger S. 173 Note 2a.

6) Darum heißt es im §. 244: „Ein Minderjähriger . . . . kann ohne Genehmigung der Vormundschaft weder etwas von dem Seinigen veräußern, noch eine Verpflichtung auf sich nehmen."

7) Unger S. 175 beſ. Note 10.

8) Vgl. Unger S. 174 Note 9.

9) Unger S. 176 Note 14.

10) Diese gesetzliche Bestimmung erklärt Unger S. 174 Note 7, da er in der Ausschlagung einer Erbschaft keine Veräußerung findet, für singulär. Könnte ein Cridatar für sich einen Erbverzicht abschließen?

11) Wäre die Abschließung eines Kaufvertrages nicht eine Veräußerung, so müßte sie dem Cridatar zustehen.

12) Unger S. 179.

Digitized by Google

Aufgeben eines solchen Veräußerung im engern Sinne genannt wird.[13]) Regelmäßig sind nur Rechte, nicht auch Handlungen Gegenstand des Verzichtes; wer einem Anderen gegenüber auf die Vornahme einer ihm sonst zustehenden Handlung z. B. eines einzelnen Eigenthumsausübungsactes, Errichtung eines Rechtsgeschäftes u. s. w. verzichtet, übernimmt damit nur die persönliche Verbindlichkeit, diese Handlung zu unterlassen, keineswegs aber ist dadurch die Handlung, wenn sie dennoch unternommen wird, eine juristisch unwirksame geworden.[14]) Es kann übrigens nicht nur auf gegenwärtige, sondern auch auf jene künftigen Rechte verzichtet werden, deren Erwerb ipso jure, ohne eine besondere Erwerbshandlung des Verzichtenden erfolgt; im Gegenfalle läge nur ein Verzicht auf diese Erwerbshandlung vor, der für sich den Erwerb nicht hindert.

Da es der regelmäßige Charakter der Privatrechte ist, daß sie von dem Willen des Berechtigten abhängig sind, so kann in der Regel auf jedes Privatrecht verzichtet werden; doch sind unwirksam der Verzicht auf den Rechtsweg (Hofd. v. 10. Dec. 1819), auf die Rechtswohlthat des Inventars (§. 803), der Erbverzicht, wenn er nicht dem Erblasser gegenüber geschieht (§. 879 Nr. 4[15]) mit §. 551), der allgemeine unbestimmte Verzicht auf Einwendungen gegen die Giltigkeit der Verträge (§. 937), der Verzicht auf die Verjährung (§. 1502), auf ein Familienrecht (z. B. die väterliche Gewalt), sowie der Verzicht auf das Recht zu testiren, außer insoweit ein solcher in einem giltigen Erbvertrag enthalten ist (§. 1253).[16])

Soll der Verzicht wirksam sein, so genügt nicht die einseitige Willenserklärung des Verzichtenden (§. 862), sondern es gilt die Regel, daß ein Recht auf eine der Art, in der es erworben wurde, analoge Weise auch aufgegeben werden muß.[17]) Zum Verzicht auf das Eigenthum beweglicher Sachen genügt also nicht der bloße Derelictionswille, sondern es ist auch das Aufgeben der Detention, bei unbeweglichen Sachen die Löschung in dem öffentlichen Buche erforderlich (§. 444); das Gleiche gilt bei dinglichen Rechten an fremden Grundstücken, während bei beweglichen Sachen Retradition nothwendig ist[18]); zum Verzicht auf eine Forderung (Schulderlaß)

13) Unger S. 177.

14) Wer einem Andern gegenüber auf das Recht verzichtet, Vermögen zu erwerben, erwirbt es dennoch, wenn er die dazu erforderlichen Erwerbshandlungen unternimmt; §. 538 b. G. B. ist viel zu allgemein gefaßt, und nur auf den Fall der Ablegung der Ordensgelübde zu beziehen; vgl. Unger S. 185 Note 42, Erbr. §. 5 A. 7. — Auch §. 937 bezieht sich nur auf Exceptionen im technischen Sinne, die wirkliche Rechte sind; auf Einwendungen im weiteren Sinne kann nicht verzichtet werden — ein Argument dafür, daß sich der Erbvertrag nicht construiren läßt als testamentarische Erbeinsetzung unter Verzichtleistung auf den Widerruf; denn der vertragswidrige Widerruf müßte dennoch wirksam sein. — Doch kann auf den Widerruf einer Schenkung auf den Todesfall giltig verzichtet werden (§. 956), und es gibt giltige processualische Verzichte.

15) Vgl. Unger S. 185 Note 43.

16) Diese Verzichte sind zum Theil auch nur Verzichte auf Handlungen.

17) Unger S. 181. L. 35. D. de R. J. L. 153. eod. L. 1. D. pro derel. 41. 7. L. 80. D. de sol. 46. 3.

18) Doch gibt schon der mündliche Remissionsvertrag eine wirksame exceptio doli. Unger S. 183 Note 37.

Digitized by Google

gehört die Zustimmung des Schuldners (§. 939, 1381). Ebenso ist der Erbverzicht (§. 551) nicht eine einseitige Willenserklärung des Erbberechtigten, sondern ein Vertrag desselben mit dem Erblasser.[19]) Eine einseitige Willenserklärung ist jedoch die Erbsentschlagung, welche beim Gerichte, ferner der Verzicht auf gewisse Privilegien, welcher bei der Behörde eingebracht wird; diese Behörden nehmen die Erklärung (nicht an, sondern) nur zur Kenntniß[20]); auch der Besitz geht durch den bloßen Derelictionswillen verloren.[21])

Die Wirkung eines ordnungsmäßigen Verzichtes ist der Verlust des gegenwärtigen, und bezw. der Nichterwerb des künftigen ipso jure anfallenden Rechtes; wird auf eine Handlung „verzichtet", so ist der Verzichtende, wenn er sie dennoch unternimmt, nur zum Schadenersatze verpflichtet; die Handlung selbst aber behält die ihr nach ihrer Natur zukommende rechtliche Wirkung.[22])

§. 135. Die Leistung im Allgemeinen.

Eine Leistung ist eine Handlung, welche die unmittelbare Befriedigung eines vermögensrechtlichen Interesse eines Andern zum Inhalte hat. Sie unterscheidet sich daher sowohl von einem bloßen Schuldversprechen, welches diese Befriedigung erst in Aussicht stellt[1]), als auch von einer Handlung, welche im eigenen Interesse des Handelnden unternommen wird, wie z. B. die Uebergabe einer Sache zum Zwecke der Aufbewahrung. Jede Leistung ist, weil eine bestimmte Absicht[2]), also Willensfähigkeit und Willen voraussetzend, ein Rechtsgeschäft; erfolgt sie mit Zustimmung desjenigen, dem geleistet wird, so ist sie ein Vertrag. Hieraus ergeben sich die wesentlichen Erfordernisse derselben. Die Leistung ist insbesondere von Bedeutung für das Obligationenrecht, weil sie einerseits das Object jedes obligatorischen Anspruchs, andererseits die Grundlage der sog. Condictionen bildet[3]); es kann aber dadurch auch ein dingliches Recht begründet oder aufgehoben werden (z. B. durch die Tradition), und sie spielt auch auf dem Gebiete des Familienrechtes (z. B. Leistung des Heirathsgutes) und des Erbrechtes (z. B. Befriedigung des Legatars) eine bedeutende Rolle; sie ist endlich von Bedeutung für die Lehre von den Klagen.[4]) Mithin ist die Leistung ein Geschäft von

---

19) Eigenthümlich ist hier, daß der Vertrag nicht mit Jenem, der durch den Verzicht gewinnt, sondern mit einer anderen Person geschlossen wird.

20) Vgl. Unger S. 185, 186.

21) Unger S. 181 Note 31.

22) Denn es gibt im Grunde keinen Verzicht auf eine Handlung; ein einen solchen enthaltendes Rechtsgeschäft ist lediglich als ein auf eine Unterlassung gerichteter obligatorischer Vertrag aufzufassen.

1) Bekker in Holtzendorffs Rechtslex. Art. Delegation (I. S. 256) versteht unter Leistung auch das Versprechen.

2) Nämlich die Absicht, ein Interesse Desjenigen, dem geleistet wird, zu befriedigen; so ist z. B. jede Geschäftsführung ohne Auftrag eine Leistung, nicht auch jede nützliche Verwendung.

3) So entspringt z. B. die condictio indebiti, die cond. sine causa ꝛc. regelmäßig aus einer Leistung.

4) Denn darauf beruht die wichtige Eintheilung der Klagen in condemna-

Digitized by Google

allgemeiner Natur, und daher der geeignete Platz für ihre Darstellung der allgemeine Theil des Systems.[5])

Die Leistung ist entweder eine positive oder eine negative, je nachdem sie in einer positiven (Geben, Thun) oder einer negativen Handlung (Dulden, Unterlassen) besteht. Diese Eintheilung ist namentlich für die Lehre von dinglichen Rechten, vom Besitzerwerb, von der Theilbarkeit der Rechte, für die Execution und in mancher andern Beziehung von Bedeutung. — Die Leistung ist ferner eine directe oder indirecte, je nachdem sie zwischen den betheiligten Subjecten unmittelbar, oder durch Intervention dritter Personen erfolgt.[6]) Letzteres ist insbesondere der Fall beim Zahlungsmandat[7]) und der Anweisung.[8])

Die Wirkung der Leistung ist entweder die Begründung oder die Uebertragung oder die Aufhebung eines Rechtes, der Zweck derselben so verschieden, als es die causa überhaupt sein kann. Das Nähere darüber ist bei den einzelnen Rechtsinstituten darzustellen. Hier soll nur von der indirecten Leistung und ihren allgemeinen Wirkungen gehandelt werden.

§. 136. Das Zahlungsmandat.[1])

I. Wesen. Eine Leistung kann indirect vor Allem dadurch bewirkt werden, daß Jemand, der leisten will, einen Anderen beauftragt, die Leistung für seine (des Auftraggebers) Rechnung zu vollziehen. Ein solcher vom

torische und präjudicielle d. i. solche, welche auf eine Leistung und solche, welche nicht auf eine Leistung gerichtet sind.

5) Dies erkennt auch Windscheid §. 412 Note 11, indem er bemerkt, der eigentliche Platz für die Lehre von der indirecten Leistung „wäre irgendwo im allgemeinen Theil"; er verweist sie aber aus didaktischen Gründen in das Obligationenrecht. Auch Salpius Nov. und Deleg. S. 61 f. und 472 f. meint, die einzige Stelle im System für diese Lehre wäre „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt", worunter Windscheid a. a. O. die „Vermögenszuwendung", Plathner (in d. deutschen G. Z. N. F. II. S. 29) die „Leistung" verstanden wissen will.

6) Windscheid a. a. O. Die dritten Personen können Leistende oder Empfänger sein.

7) Das Zahlungsmandat ist nicht nothwendig ein obligatorischer, es kann auch ein liberatorischer Vertrag sein. Unger Verträge zu Gunsten Dritter S. 60 Note 79 a meint sogar, daß die von ihm sog. Verträge zu Gunsten Dritter auch dinglich sein könnten — ein weiteres Argument für die Einreihung unserer Lehre in den allgemeinen Theil.

8) Andere indirecte Leistungsarten, als: Delegation, Scontration, Expromission ꝛc. (Gerber §. 173) gehören in den speciellen Theil.

1) Einschlagend die Literatur der Verträge zu Gunsten Dritter, vgl. namentlich Bähr in den dogm. Jahrb. VI. S. 131—186 (auch XI. S. 394—397), Busch Doctrin und Praxis über die Giltigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860), Delbrück Uebernahme fremder Schulden (1853), Zaun Archiv f. prakt. R. W. N. F. I. S. 11 f., Thöl Handelsrecht I. §. 114—118, Windscheid §§. 316, 412, Brinz Pand. (1. Aufl.) S. 1624 f., Unger die Verträge zu Gunsten Dritter 1869 (wo weitere Nachweisungen über die Literatur S. 68—81; über diese Schrift Lemayer G. Z. 1869 Nr. 82—87). Bruns in Holtzendorff's Encykl. I. S. 323. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 142—159. Dolliner Kurze Erläuterung des §. 1019 in der Ztschr. f. R. und St. W. 1836. I. S. 164 f. Nippel Mater. I. S. 165—168.

Digitized by Google

Beauftragten angenommener Auftrag heißt technisch Zahlungsmandat[2]) (Zahlung hier = Leistung).[3]) Der Auftrag, zu leisten, ist nicht das einzige charakteristische Merkmal des Zahlungsmandates[4]); die Leistung soll zugleich auf Rechnung oder statt des Auftraggebers geschehen, so daß im Enderfolge nicht der Beauftragte, sondern der Auftraggeber als der an den Dritten Leistende erscheint[5]); mit anderen Worten: der vermögensrechtliche Vortheil, den der Empfänger durch die Leistung erhält, stammt nicht aus dem Vermögen des Beauftragten, sondern aus dem Vermögen des Auftraggebers, und erzeugt für ihn und den Leistungsempfänger diejenigen Wirkungen, die an die Natur einer solchen Leistung gebunden sind z. B. die Wirkungen eines Darlehens, einer Schenkung, einer Schuldzahlung, einer indebite gemachten Leistung u. s. w. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn Jemand beauftragt wird, eine ihm vom Auftraggeber übergebene Sache einem Dritten[6]) auszufolgen (Spediteur, Bote), oder dem Dritten auf Rechnung des Auftraggebers eine Summe auszuzahlen, (wo er denn zugleich im Namen des Auftraggebers handelt), sondern auch, wenn zunächst der Auftraggeber den Anspruch auf eine bestimmte Leistung erwirbt, welchen er aber dann[7]) dem Dritten dadurch zuwendet, daß er sich die Erfüllung an ihn versprechen läßt, (wo also der Beauftragte zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers leistet) wie z. B. bei der in einem Kaufvertrage getroffenen Verabredung, daß der Käufer die Summe an einen Dritten abführen, die Geschwister des Verkäufers aussteuern, die Gläubiger desselben befriedigen solle, bei der Verabredung mit einer Witwenversorgungsanstalt, der Witwe des Promissars eine Summe auszubezahlen, bei der Bezahlung eines Wohnzimmers oder der Beredung einer Unterlassungsverpflichtung[8]) zu Gunsten eines Dritten. Der Auftraggeber

---

2) Diesen Ausdruck gebrauchen nach dem Vorgange Thöl's §. 114: Puchta §. 326, Arndts §. 295, Windscheid §. 412, Walter Syst. §. 273, Gerber §. 173 u. A.

3) Thatsächlich hat ja diese Leistung wohl auch in den meisten Fällen eine Schuldzahlung (im weitesten Sinne §. 1412) zum Zweck.

4) Zu allgemein bezeichnet Windscheid §. 412 das Zahlungsmandat als den „Auftrag an einen Dritten, eine Vermögensleistung zu machen."

5) Der Zweck des Geschäftes ist immer eine Leistung des Auftraggebers an den Dritten. Auch Windscheid §. 412 lit. a betont richtig, daß „der Auftrag als solcher in den Hintergrund tritt und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung".

6) Zum Eigenthum, Gebrauch ꝛc., nicht etwa auch zur Verwahrung, weil diese nicht im Interesse des Dritten liegt. Zahlungsmandate auf Ausfolgung von Sachen können übrigens auch unter den (im Text) folgenden Gesichtspunkt fallen; die zu übergebende Sache kann sowohl dem Mandanten, als dem Mandatar, als auch dem Dritten selbst gehören, keineswegs muß der Mandatar (wie Ellinger ad §. 1019 behauptet) immer aus dem Seinigen etwas versprechen. Man nehme z. B. den Fall: A leiht dem B eine fremde Sache mit dem Auftrage, sie nach gemachtem Gebrauche direct an den Eigenthümer zurückzustellen.

7) Meist sofort, doch keineswegs immer; wenn A von B zu fordern hat, kann er ihm auch erst nachträglich auftragen, das Object der Leistung an C abzuführen.

8) Z. B. der Verkäufer bedingt sich von dem Käufer, daß dieser dem Nachbar das ablaufende Regenwasser nicht entziehe.

Digitized by Google

erkauft in all' diesen Fällen die bestimmte Leistung, sie ist das Aequivalent seines Geldes, an dessen Stelle sie tritt; sie kommt also, wenn sie vollzogen wird, aus dem Vermögen des Auftraggebers; er ist als der Leistende anzusehen, während der unmittelbare Vollbringer nur Mittelsperson ist; des letzteren Handlung ist nicht nur ökonomisch, sondern auch juristisch eine Handlung des Auftraggebers; denn diesem schuldet der Leistungsempfänger, wenn Obligiren Zweck der Handlung war, dieser hat das Rückforderungsrecht, wenn sine causa geleistet wurde, dieser gilt als Geschenkgeber, wenn Schenkung der Zweck des Auftrags war. Der Beauftragte gilt also dem Leistungsempfänger gegenüber nur als Stellvertreter des Auftraggebers, nur als Gehilfe bei der Leistung, und er kann also, wiewohl er nur auf Rechnung des Auftraggebers[9]), nicht in dessen Namen leistet, auch juristisch als dessen Repräsentant betrachtet werden.[10]) Thatsächlich nennt das b. G. B. auch einen solchen Beauftragten einen „Machthaber" (§. 1019).

Das Zahlungsmandat kommt entweder als selbständiges Geschäft vor (dahin gehört z. B. die Uebergabe einer Sache an einen Boten, Frachter, Spediteur u. s. w. zum Zwecke der Ablieferung an einen Dritten, die Uebergabe von Nachlaßgegenständen an den Testamentsexecutor, um sie an die letztwillig bestimmten Personen auszufolgen u. dgl.), oder es bildet nur einen Bestandtheil eines anderen Geschäftes (z. B. eines Kaufes, einer Schenkung, einer Hinterlegung u. dgl.), mit welchem der Auftrag an den Contrahenten verbunden ist, den Gegenstand des Geschäftes oder etwas, was dessen Aequivalent bildet, dem Dritten zu leisten. In Fällen dieser Art befreit sich der Zahlungsmandatar durch die Leistung auch von der besonderen, aus dem Geschäfte ihm obliegenden Verbindlichkeit, während er beim selbständigen Zahlungsmandat durch die Leistung häufig erst zum Gläubiger des Mandanten wird.

II. Wirkung. Die nächste Wirkung des Zahlungsmandates ist, so lange der Dritte von demselben nicht verständigt ist, wie bei einem gewöhnlichen Mandat lediglich die Entstehung eines Verpflichtungsverhältnisses zwischen dem Mandanten und Mandatar, welches denn auch beliebig widerrufen werden kann (§§. 1403, 1404). Sobald aber der Dritte von dem zwischen jenen Beiden getroffenen Uebereinkommen durch den Auftraggeber oder den Beauftragten benachrichtigt worden ist, so erlangt derselbe, übereinstimmend mit dem heutigen gemeinen Recht[11]) und abweichend von dem

9) Dagegen wäre allerdings der einem Andern gegebene Auftrag zu einer Leistung an einen Dritten, wenn dabei die Berechtigung ausgeschlossen wäre, die Leistung dem Auftraggeber in Rechnung zu bringen, kein Zahlungsmandat, gleichviel ob dem Dritten eine Schuld bezahlt oder er beschenkt werden soll. Bähr S. 136, 137. Anders der Auftrag, mit der Leistung an den Dritten dem Auftraggeber eine Schenkung zu machen.

10) Der Beauftragte leistet zunächst im eigenen Namen, indem er eine ihm obliegende Leistung vollzieht; zugleich bewirkt er aber damit auch eine Leistung des Auftraggebers an den Empfänger, seine Leistung ist zugleich eine Leistung des Auftraggebers und er ist sonach dessen Repräsentant. M. a. W. Repräsentant ist auch Derjenige, der zwar nicht in fremdem Namen, aber auf fremde Rechnung handelt (s. oben S. 361).

11) Vgl. außer den oben angef. Abhh. v. Bähr, Busch, Delbrück und Zaun

Digitized by Google

Grundsatze: ex pacto tertii nemo acquirit[12]) (neben seinem gegen den Mandanten allfällig bereits bestehenden Anspruch) ein directes Klagrecht auf die Leistung gegen den Mandatar, selbst wenn der Dritte ein bestimmtes Einverständniß nicht geäußert hat (§. 1019).[13]) Die Benachrichtigung fügt also zu dem zwischen Mandant und Mandatar bereits bestehenden Rechtsverhältniß auch ein solches zwischen dem Dritten und dem Mandatar und — wofern dieses nicht schon früher bestand — ein Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten hinzu. Diese eigenthümliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses begreift sich daraus, daß das Stillschweigen des Dritten zu der erhaltenen Benachrichtigung als Annahme einer ihm vom Mandanten ertheilten Ermächtigung[14]), die Leistung einzufordern und zu

noch Beseler Erbvertr. II. 1. §. 2 S. 75 f., Walter Syst. §. 256, Pfeiffer Ztschr. f. Deutsch. R. IX. S. 474 f., Unger der revid. Entw. S. 85. Es fehlt jedoch nicht an Stimmen, welche die gemeinrechtliche Existenz dieses Satzes bekämpfen: Savigny Obl. R. II. S. 83, 84, Gerber §. 158 Note 2 a. E. u. A.

12) Das röm. R. enthält diesen Satz in voller Schärfe, so daß ein Vertrag, durch welchen man sich eine Leistung an einen Dritten in der Weise bedingt, daß dieser Dritte der unmittelbare Gläubiger werden soll, völlig ungiltig ist; den Fall einer Pönalstipulation ausgenommen, kann nicht einmal der Promissar auf die Leistung an den Dritten klagen. (L. 11. D. de O. et A. 44. 7. L. 38. §. 17. D. de V. O. 45. 1. Bangerow III. §. 608. S. 308. Buchka Stellvertr. S. 189 f.) Ueber die später anerkannten Ausnahmen von dieser Regel s. bes. Unger Vertr. z. G. Dr. S. 27—55.

13) Die übrigen Gesetzbücher (A. L. R. I. 5. §. 74—77, Sächs. §. 853 bis 857, 1330, Cod. civ. Art. 1121 cf. 1973) bestimmen hingegen, daß der Dritte erst dann klagberechtigt wird, wenn er dem zwischen Mandant und Mandatar geschlossenen Vertrage förmlich beigetreten ist (sog. Beitritts- oder Aneignungstheorie, Unger S. 94), wo es aber dann nicht wesentlich ist, daß eine Leistung im Namen und auf Rechnung des Mandanten versprochen werde. Das Gleiche gilt von der römischen Delegation, welche (Windscheid §. 353 Note 9) im Wesentlichen mit dem heutigen Zahlungsmandat zusammenfällt (vgl. Cod. civ. Art. 1275 f.). Bei dem röm. mandatum aliena gratia (pr. §. 3. 4. 5. J. mand. 3. 26. L. 2. §. 2. 3. 5. L. 6. §. 4. D. mand. 17. 1. cf. L. 28. D. de neg. gest. 3. 5.) wird gar nicht beabsichtigt, ein Forderungsrecht für den Dritten zu begründen. Bangerow §. 608 (III. S. 309 f.), Unger S. 91, 92.

14) So erklärt die Sache Bähr S. 147 f., welcher demgemäß dem Dritten eine actio mand. utilis gibt. Anders Dolliner a. a. O., Stubenrauch III. S. 221, Winiwarter IV. S. 227, Ellinger ad §. 1019, welche in diesem Vorgange die von Seiten des Dritten erfolgende Annahme des zu seinen Gunsten gemachten Versprechens (seinen Beitritt zu dem zwischen Mandant und Mandatar geschlossenen Vertrag, vgl. Plathner in d. D. G. Z. N. F. II. S. 17) erblicken. Diese beiden Constructionen führen jedoch zu wesentlich verschiedenen Ergebnissen. Nach der letzteren Auffassung entstünde nämlich, wenn der Gegenstand des Zahlungsmandates die Zahlung einer Schuld des Mandanten an den Dritten wäre, eine Interception (§. 1343), eine Schuldübernahme im technischen Sinne, und der Mandatar könnte daher dem Dritten alle Einwendungen, die dem Mandanten zustehen, entgegensetzen, ja, wenn die übernommene Schuld nichtig wäre, wäre das Zahlungsmandat selbst nichtig (§. 1351); nach der Theorie Bähr's dagegen stehen diese Einwendungen dem Mandatar nicht zu. Unzweifelhaft ist das letztere Ergebniß das richtige, da den Mandatar die Nichtigkeit der Schuld des Mandanten nichts angeht und er sich mit dem Schaden des Mandanten bereichern würde, wenn er von der Zahlung an den Dritten losgesprochen würde. (So auch Windscheid §. 412 lit. e; vgl. Sächs. G. B. §. 1333.) Die Dolliner'sche Theorie würde ferner in

Digitized by Google

als ob die vorausgegangene unentgeltliche Dienstleistung durch die nachfolgende Belohnung in eine entgeltliche umgewandelt worden wäre.[33]) Sie verliert aber naturgemäß den Charakter der Schenkung, wenn für die verdienstliche Handlung im Voraus eine Belohnung zugesichert wurde[34]), oder wenn sie, wie z. B. der Finderlohn, der Rettungslohn, die Belohnung der Vormünder u. s. w. vom Gesetze vorgeschrieben ist (§. 941), weil eine solche Belohnung nur eine gewöhnliche Schuldzahlung ist, die nach dem eben Erwähnten dem Begriffe einer Schenkung widerstreitet. Aus diesem Grunde verlieren auch wechselseitige Schenkungen, wenn sie ausdrücklich bedungen wurden, die juristische Natur einer Schenkung und können nur hinsichtlich des Ueberwerthes als solche betrachtet werden (§. 942).[35])

Mit den dargestellten Merkmalen kommt die Schenkung bei den verschiedensten Rechtsgeschäften vor[36]), und zwar als Uebertragung, Neubegründung oder als Aufgeben von Rechten[37]), insbesondere

a) bei Rechtsgeschäften, wodurch dingliche Rechte begründet oder aufgehoben werden. Der regelmäßige derivative Begründungsact dinglicher Rechte ist die Tradition (§. 425); diese wird also zur Schenkung, sobald sie mit den obigen Merkmalen versehen ist. Auf diese Art kann Eigenthum und die verschiedenen dinglichen Rechte an fremden Sachen, und zwar die letzteren sowohl durch Verleihung von Seite des Eigenthümers, als auch durch Uebertragung vom bisher Berechtigten an einen Anderen in der Hand des Beschenkten entstehen; jedoch bildet die bloße Uebertragung des Besitzes nur insoweit, als sie zur Ersitzung führt, die Bestellung oder Uebertragung des Pfandrechts hingegen in keinem Falle eine Schenkung.

Auch die Gestalt der Dereliction kann eine Schenkung annehmen, wenn erstere unter Umständen erfolgt, unter welchen nur Jenem Gelegenheit zur Occupation gegeben wird, den der Derelinquirende zu bereichern beabsichtigt[38]); denn in diesem Falle involvirt sie einen Vertrag.

Was die Dereliction beim Eigenthum ist, das ist die Verzichtleistung bei den auf fremden Sachen haftenden dinglichen Rechten, nur daß durch

---

ehrten B einen mündlichen Vergleich dahin abschloß, daß sie von ihm im Falle einer Heirath als Entschädigung für die Entehrung 500 fl. zu fordern berechtigt sein solle, über die auf Zahlung der 500 fl. gerichtete Klage der B zu zahlen nicht schuldig erklärt wurde, weil hier mit Hinsicht auf §. 1328 eine Schenkung vorliege. (§. 1174?)

33) So auch nach röm. R., welches aber zwei Ausnahmen kennt, nämlich im Falle einer Schenkung für die Lebensrettung und für Dienstleistungen, wofür gemeiniglich ein Lohn entrichtet wird. Vgl. Savigny S. 94—99. Nach österr. R. bestehen solche Ausnahmen nicht, und es ist daher auch z. B. eine Schenkung für Lebensrettung wegen Undankbarkeit widerruflich.

34) Hingegen erklärt Entsch. G. Z. 1870 Nr. 8 [= Sammlung VII. Nr. 3577] das Versprechen einer Belohnung dafür, daß die Tochter sich ihres Rechtes, sich in einer strafrechtlichen Untersuchung gegen ihren Vater der Aussage zu entschlagen, bediene, für eine Schenkung.

35) Ein Fall wäre, wenn die Gattin auf die Rückerstattung des Heirathsgutes verzichtet, der Gatte ihr aber dafür eine Widerlage verschrieben hätte.

36) Savigny S. 104—134.

37) Savigny §. 156—158.

38) Savigny S. 107, 108; vgl. auch Puchta §. 148 Note k, Unger S. 191 Note 10.

Digitized by Google

diese nur der Eigenthümer (nicht, wie bei der Dereliction auch ein Anderer) gewinnen kann, und sie wird, wenn sie mit der Absicht, den Letzteren zu bereichern und mit seiner Zustimmung erfolgt (§. 939), zur Schenkung.[39]) Tradition, Dereliction und Verzicht sind also die auf dem Gebiet dinglicher Rechte vorkommenden Rechtsgeschäfte, die zugleich im Gewande der Schenkung auftreten können.

b) Die Schenkung kommt vor bei Rechtsgeschäften, durch welche eine Forderung verschafft wird, und zwar entweder eine Forderung an den Geschenkgeber oder an einen Dritten.[40]) Ersteres erfolgt durch das sog. Schenkungsversprechen d. i. durch die von dem Beschenkten angenommene Zusicherung, letzterem eine dessen Vermögen vermehrende Sache unentgeltlich übertragen zu wollen (§. 943), letzteres durch eine unentgeltliche Cession (§. 1397).

c) Endlich erscheint die Schenkung in der Form der Befreiung von einer Schuld. Auch dies ist in zweifacher Weise möglich[41]); einmal durch Erlaß einer eigenen Forderung, den sog. Schulderlaß, zu dessen Perfection die Zustimmung des Verpflichteten erforderlich ist (§. 939); die Forderung muß zwar eine rechtsgiltige sein[42]); daß aber die Rechtsgiltigkeit über jeden Zweifel erhaben sei, ist nicht nothwendig (§. 1381 und 939). Zum Anderen kann die Befreiung erfolgen durch Aufhebung einer fremden Forderung durch deren Zahlung, Expromission u. s. w., die, um eine Schenkung zu sein, gleichfalls mit Zustimmung des Schuldners erfolgen muß. —

Schenkungen werden eingetheilt:

1) in die bereits erwähnten Schenkungsverträge und Schenkungen im weiteren Sinne, d. i. solche, die keine Verträge sind;

2) in Schenkungen unter Lebenden (don. inter vivos) und auf den Todesfall (don. mortis causa). Unter den letzteren versteht man solche, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Geschenkgebers erfolgen soll (§. 956)[43]); darüber im Erbrecht.

3) in Schenkungen einzelner Sachen und eines ganzen Vermögens.[44]) Eine Schenkung der letzteren Art ist auch dann vorhanden, wenn eine Quote, sei es des gegenwärtigen oder künftigen Vermögens verschenkt wird.[45]) Da unter einem Vermögen sowohl die Rechte, als die Verbindlichkeiten einer bestimmten Person verstanden werden, so hat eine solche Schenkung das Eigenthümliche, daß der Beschenkte dadurch die Verpflichtung übernimmt, auch die Schulden des Geschenkgebers zu bezahlen[46]);

39) Nach Umständen muß zur vollen Aufhebung des dinglichen Rechtes Retradition und bezw. bücherliche Löschung hinzutreten. Wo keine öffentlichen Bücher bestehen, genügt z. B. zur Aufhebung der Servitut des Weiderechtes die bloße Verzichtleistung; bestehen öffentliche Bücher, so muß auch bücherliche Löschung erfolgen.

40) Vgl. Savigny S. 118—126.

41) Vgl. Savigny S. 126—134.

42) Savigny S. 127.

43) Savigny S. 241, Unger S. 199, 200.

44) Vgl. Savigny S. 134—145.

45) Savigny S. 135.

46) Savigny S. 137, Keller §. 64; abweichend die Entsch. G. Z. 1873, Nr. 88 [= Sammlung X. Nr. 4804].

Digitized by Google

jedoch kommen die Gläubiger erst durch die vollständige Assignation (§. 1402)[47]) in ein unmittelbares Rechtsverhältniß mit dem Beschenkten; auch steht ihnen außerdem das Rechtsmittel des §. 953 zu Gebote. Diese Schuldübernahme bezieht sich jedoch bei einer Schenkung des gegenwärtigen Vermögens nur auf die vor der Schenkung vorhandenen, bei jener des künftigen Vermögens nur auf die erst künftig entstehenden Schulden, und zwar nach Verhältniß der geschenkten Vermögensquote.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Schenkung eines Vermögens keine Universalsuccession wirkt[48]); es zeigt sich dieses aber auch in der unbezweifelbaren Erscheinung, daß die einzelnen körperlichen Vermögensstücke nur im Wege der Tradition in das Eigenthum des Beschenkten übergehen.[49])

Eine Verschenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens unterliegt bei demjenigen, der darüber frei verfügen kann, keinem rechtlichen Anstand; die Verschenkung des künftigen ist jedoch höchstens bis zur Hälfte desselben giltig[50]), weil es nicht gestattet werden kann, durch derlei Privatdispositionen den öffentlichen Versorgungsanstalten eine Last aufzubürden, und weil das Widerrufungsrecht des §. 947 keine ausreichende Hilfe gewährt (§. 944).

§. 134. Die Veräußerung (alienatio).[1])

Veräußerung (alienatio) im weiteren Sinne ist ein auf das Aufgeben oder die Beschränkung eines Rechtes (sei es auch nur für die Zukunft) gerichtetes Rechtsgeschäft unter Lebenden. Es ist danach Veräußerung nicht nur die Uebertragung eines Rechtes durch Tradition oder Cession, sowie das Aufgeben eines solchen durch Dereliction oder Schulderlaß, sondern auch die Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache des Bestellers[2]), sowie die vertragsmäßige Eingehung der Verbindlichkeit, eine Sache erst künftig übergeben zu wollen[3]); ja auch die Verzichtleistung auf einen künftig

47) Eine solche liegt aber auch schon in der bloßen Verständigung der Gläubiger durch den Geschenkgeber oder Geschenknehmer (§. 1019).

48) Savigny S. 136, Arndts §. 82, Keller §. 64.

49) Savigny a. a. O.

50) Für das röm. R. gibt Savigny S. 142—145 nur die Zulässigkeit der Schenkung eines Theiles des künftigen Vermögens zu, weil sonst die Schenkung in einen Erbvertrag überginge, der nach röm. R. unzulässig ist; für das heutige gemeine R. anerkennt er aber auch die Zulässigkeit der Schenkung des ganzen künftigen Vermögens. Puchta §. 71 Note g ist auch vom Standpunkt des reinen röm. R. für deren unbedingte Zulässigkeit. Das ist auch das Richtige. Der Gefährlichkeit einer solchen Schenkung steuerte das röm. R. durch das beneficium competentiae, vermöge dessen jeder Schenkungsversprecher so viel zurückbehalten konnte, als zu seinem Unterhalte erforderlich ist. Savigny S. 121, Puchta §. 70.

1) Vgl. Savigny IV. S. 544—549, Unger II. S. 173—189, Arndts §. 57.

2) Unger S. 175, 176.

3) Z. B. eines Kaufvertrages, dem die Tradition erst folgen soll. Dagegen Unger S. 178; allein vgl. den Ausdruck „veräußern" in §. 430 und 1008. — Ebenso bestreitet Unger S. 176 (mit Unrecht), daß Vermiethung und Verpachtung Veräußerungen seien; es unter-

Digitized by Google

von selbst eintretenden Erwerb, z. B. auf eine anzuhoffende Erbschaft wird als Veräußerung angesehen[4]), während der bloße Nichterwerb eines Rechtes nicht als Veräußerung gilt. Es ist also die Veräußerung ein Rechtsgeschäft von allgemeiner Natur.[5]) Nicht fällt aber unter ihren Begriff die Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer rein persönlichen Handlung, wodurch in den Bestand des Vermögens nicht eingegriffen wird[6]), auch nicht die Aufhebung eines Rechtes durch eine von dem Willen des Berechtigten verschiedene Thatsache, selbst wenn der Berechtigte deren Eintritt hätte verhindern können (z. B. Verjährung, Unterlassung der Vertheidigung im Proceß)[7]); ebensowenig die Errichtung eines Erbvertrages oder einer letztwilligen Anordnung[8]), daher denn auch das Veräußerungsverbot das Verbot des Testirens nicht in sich faßt (§. 610), während das Belastungsverbot darin begriffen ist[9]); eine (vertragsmäßige) Schenkung auf den Todesfall aber gilt in allen Fällen als wirkliche Veräußerung.

Der Begriff der Veräußerung ist namentlich von Bedeutung für die Lehre von der Handlungsberechtigung jener Personen, denen nur eine theilweise Handlungsfähigkeit zukommt (§. 244), für die Beurtheilung des Umfangs einer Vollmacht (§. 1008), eines Veräußerungsverbotes (§. 610) ꝛc. Daraus begreift sich, warum der Minderjährige wohl testiren (§. 569), als Bevollmächtigter interveniren (§. 1018), eine Sache in Besitz nehmen (§. 310), der gerichtlich erklärte Verschwender oder Cridatar sich zu Diensten verdingen kann (§. 5. C. O.), warum aber, da solchen Personen regelmäßig jede eigenmächtige Veräußerung untersagt ist (§. 244. b. G. B. §. 3. C. O.) dem Minderjährigen (wie dem Cridatar) das Recht nicht zusteht, eine Erbschaft oder ein Vermächtniß anzunehmen oder auszuschlagen (§. 233, 805, Hofd. v. 8. Mai 1835)[10]), ebensowenig das Recht, einen Kaufvertrag abzuschließen (§. 865)[11]), ein Recht aufzugeben (§. 1444) oder eine Zahlung zu leisten (§. 1421, 1433).

Eine Species der Veräußerung ist der Verzicht (renunciatio) d. i. das Aufgeben eines Rechtes ohne dessen Uebertragung an einen Andern[12]), während das mit gleichzeitiger Uebertragung an einen Anderen verbundene

---

liegt keinem Zweifel, daß in der dem Cridatar (§. 3. C. O.) benommenen Veräußerungsfähigkeit auch die Verpachtungsfähigkeit begriffen ist.

4) Dagegen Unger S. 173; nimmt man aber mit Unger selbst (S. 179) an, daß der Verzicht nur eine Species der Veräußerung ist, so muß auch der Erbverzicht, sowie die Ausschlagung einer Erbschaft als Veräußerung angesehen werden. Vgl. auch §. 879 Nr. 4, wo von der Veräußerung einer anzuhoffenden Erbschaft die Rede ist.

5) Unger S. 173 Note 2a.

6) Darum heißt es im §. 244: „Ein Minderjähriger . . . . kann ohne Genehmigung der Vormundschaft weder etwas von dem Seinigen veräußern, noch eine Verpflichtung auf sich nehmen."

7) Unger S. 175 beſ. Note 10.

8) Vgl. Unger S. 174 Note 9.

9) Unger S. 176 Note 14.

10) Diese gesetzliche Bestimmung erklärt Unger S. 174 Note 7, da er in der Ausschlagung einer Erbschaft keine Veräußerung findet, für singulär. Könnte ein Cridatar für sich einen Erbverzicht abschließen?

11) Wäre die Abschließung eines Kaufvertrages nicht eine Veräußerung, so müßte sie dem Cridatar zustehen.

12) Unger S. 179.

Digitized by Google

Aufgeben eines solchen Veräußerung im engern Sinne genannt wird.[13]) Regelmäßig sind nur Rechte, nicht auch Handlungen Gegenstand des Verzichtes; wer einem Anderen gegenüber auf die Vornahme einer ihm sonst zustehenden Handlung z. B. eines einzelnen Eigenthumsausübungsactes, Errichtung eines Rechtsgeschäftes u. s. w. verzichtet, übernimmt damit nur die persönliche Verbindlichkeit, diese Handlung zu unterlassen, keineswegs aber ist dadurch die Handlung, wenn sie dennoch unternommen wird, eine juristisch unwirksame geworden.[14]) Es kann übrigens nicht nur auf gegenwärtige, sondern auch auf jene künftigen Rechte verzichtet werden, deren Erwerb ipso jure, ohne eine besondere Erwerbshandlung des Verzichtenden erfolgt; im Gegenfalle läge nur ein Verzicht auf diese Erwerbshandlung vor, der für sich den Erwerb nicht hindert.

Da es der regelmäßige Charakter der Privatrechte ist, daß sie von dem Willen des Berechtigten abhängig sind, so kann in der Regel auf jedes Privatrecht verzichtet werden; doch sind unwirksam der Verzicht auf den Rechtsweg (Hofd. v. 10. Dec. 1819), auf die Rechtswohlthat des Inventars (§. 803), der Erbverzicht, wenn er nicht dem Erblasser gegenüber geschieht (§. 879 Nr. 4[15]) mit §. 551), der allgemeine unbestimmte Verzicht auf Einwendungen gegen die Giltigkeit der Verträge (§. 937), der Verzicht auf die Verjährung (§. 1502), auf ein Familienrecht (z. B. die väterliche Gewalt), sowie der Verzicht auf das Recht zu testiren, außer insoweit ein solcher in einem giltigen Erbvertrag enthalten ist (§. 1253).[16])

Soll der Verzicht wirksam sein, so genügt nicht die einseitige Willenserklärung des Verzichtenden (§. 862), sondern es gilt die Regel, daß ein Recht auf eine der Art, in der es erworben wurde, analoge Weise auch aufgegeben werden muß.[17]) Zum Verzicht auf das Eigenthum beweglicher Sachen genügt also nicht der bloße Derelictionswille, sondern es ist auch das Aufgeben der Detention, bei unbeweglichen Sachen die Löschung in dem öffentlichen Buche erforderlich (§. 444); das Gleiche gilt bei dinglichen Rechten an fremden Grundstücken, während bei beweglichen Sachen Retradition nothwendig ist[18]); zum Verzicht auf eine Forderung (Schulderlaß)

13) Unger S. 177.

14) Wer einem Andern gegenüber auf das Recht verzichtet, Vermögen zu erwerben, erwirbt es dennoch, wenn er die dazu erforderlichen Erwerbshandlungen unternimmt; §. 538 b. G. B. ist viel zu allgemein gefaßt, und nur auf den Fall der Ablegung der Ordensgelübde zu beziehen; vgl. Unger S. 185 Note 42, Erbr. §. 5 A. 7. — Auch §. 937 bezieht sich nur auf Exceptionen im technischen Sinne, die wirkliche Rechte sind; auf Einwendungen im weiteren Sinne kann nicht verzichtet werden — ein Argument dafür, daß sich der Erbvertrag nicht construiren läßt als testamentarische Erbeinsetzung unter Verzichtleistung auf den Widerruf; denn der vertragswidrige Widerruf müßte dennoch wirksam sein. — Doch kann auf den Widerruf einer Schenkung auf den Todesfall giltig verzichtet werden (§. 956), und es gibt giltige processualische Verzichte.

15) Vgl. Unger S. 185 Note 43.

16) Diese Verzichte sind zum Theil auch nur Verzichte auf Handlungen.

17) Unger S. 181. L. 35. D. de R. J. L. 153. eod. L. 1. D. pro derel. 41. 7. L. 80. D. de sol. 46. 3.

18) Doch gibt schon der mündliche Remissionsvertrag eine wirksame exceptio doli. Unger S. 183 Note 37.

Digitized by Google

gehört die Zustimmung des Schuldners (§. 939, 1381). Ebenso ist der Erbverzicht (§. 551) nicht eine einseitige Willenserklärung des Erbberechtigten, sondern ein Vertrag desselben mit dem Erblasser.[19]) Eine einseitige Willenserklärung ist jedoch die Erbsentschlagung, welche beim Gerichte, ferner der Verzicht auf gewisse Privilegien, welcher bei der Behörde eingebracht wird; diese Behörden nehmen die Erklärung (nicht an, sondern) nur zur Kenntniß[20]); auch der Besitz geht durch den bloßen Derelictionswillen verloren.[21])

Die Wirkung eines ordnungsmäßigen Verzichtes ist der Verlust des gegenwärtigen, und bezw. der Nichterwerb des künftigen ipso jure anfallenden Rechtes; wird auf eine Handlung „verzichtet", so ist der Verzichtende, wenn er sie dennoch unternimmt, nur zum Schadenersatze verpflichtet; die Handlung selbst aber behält die ihr nach ihrer Natur zukommende rechtliche Wirkung.[22])

§. 135. Die Leistung im Allgemeinen.

Eine Leistung ist eine Handlung, welche die unmittelbare Befriedigung eines vermögensrechtlichen Interesse eines Andern zum Inhalte hat. Sie unterscheidet sich daher sowohl von einem bloßen Schuldversprechen, welches diese Befriedigung erst in Aussicht stellt[1]), als auch von einer Handlung, welche im eigenen Interesse des Handelnden unternommen wird, wie z. B. die Uebergabe einer Sache zum Zwecke der Aufbewahrung. Jede Leistung ist, weil eine bestimmte Absicht[2]), also Willensfähigkeit und Willen voraussetzend, ein Rechtsgeschäft; erfolgt sie mit Zustimmung desjenigen, dem geleistet wird, so ist sie ein Vertrag. Hieraus ergeben sich die wesentlichen Erfordernisse derselben. Die Leistung ist insbesondere von Bedeutung für das Obligationenrecht, weil sie einerseits das Object jedes obligatorischen Anspruchs, andererseits die Grundlage der sog. Condictionen bildet[3]); es kann aber dadurch auch ein dingliches Recht begründet oder aufgehoben werden (z. B. durch die Tradition), und sie spielt auch auf dem Gebiete des Familienrechtes (z. B. Leistung des Heirathsgutes) und des Erbrechtes (z. B. Befriedigung des Legatars) eine bedeutende Rolle; sie ist endlich von Bedeutung für die Lehre von den Klagen.[4]) Mithin ist die Leistung ein Geschäft von

---

19) Eigenthümlich ist hier, daß der Vertrag nicht mit Jenem, der durch den Verzicht gewinnt, sondern mit einer anderen Person geschlossen wird.

20) Vgl. Unger S. 185, 186.

21) Unger S. 181 Note 31.

22) Denn es gibt im Grunde keinen Verzicht auf eine Handlung; ein einen solchen enthaltendes Rechtsgeschäft ist lediglich als ein auf eine Unterlassung gerichteter obligatorischer Vertrag aufzufassen.

1) Bekker in Holtzendorffs Rechtslex. Art. Delegation (I. S. 256) versteht unter Leistung auch das Versprechen.

2) Nämlich die Absicht, ein Interesse Desjenigen, dem geleistet wird, zu befriedigen; so ist z. B. jede Geschäftsführung ohne Auftrag eine Leistung, nicht auch jede nützliche Verwendung.

3) So entspringt z. B. die condictio indebiti, die cond. sine causa ꝛc. regelmäßig aus einer Leistung.

4) Denn darauf beruht die wichtige Eintheilung der Klagen in condemna-

Digitized by Google

allgemeiner Natur, und daher der geeignete Platz für ihre Darstellung der allgemeine Theil des Systems.[5])

Die Leistung ist entweder eine positive oder eine negative, je nachdem sie in einer positiven (Geben, Thun) oder einer negativen Handlung (Dulden, Unterlassen) besteht. Diese Eintheilung ist namentlich für die Lehre von dinglichen Rechten, vom Besitzerwerb, von der Theilbarkeit der Rechte, für die Execution und in mancher andern Beziehung von Bedeutung. — Die Leistung ist ferner eine directe oder indirecte, je nachdem sie zwischen den betheiligten Subjecten unmittelbar, oder durch Intervention dritter Personen erfolgt.[6]) Letzteres ist insbesondere der Fall beim Zahlungsmandat[7]) und der Anweisung.[8])

Die Wirkung der Leistung ist entweder die Begründung oder die Uebertragung oder die Aufhebung eines Rechtes, der Zweck derselben so verschieden, als es die causa überhaupt sein kann. Das Nähere darüber ist bei den einzelnen Rechtsinstituten darzustellen. Hier soll nur von der indirecten Leistung und ihren allgemeinen Wirkungen gehandelt werden.

§. 136. Das Zahlungsmandat.[1])

I. Wesen. Eine Leistung kann indirect vor Allem dadurch bewirkt werden, daß Jemand, der leisten will, einen Anderen beauftragt, die Leistung für seine (des Auftraggebers) Rechnung zu vollziehen. Ein solcher vom

torische und präjudicielle d. i. solche, welche auf eine Leistung und solche, welche nicht auf eine Leistung gerichtet sind.

5) Dies erkennt auch Windscheid §. 412 Note 11, indem er bemerkt, der eigentliche Platz für die Lehre von der indirecten Leistung „wäre irgendwo im allgemeinen Theil"; er verweist sie aber aus didaktischen Gründen in das Obligationenrecht. Auch Salpius Nov. und Deleg. S. 61 f. und 472 f. meint, die einzige Stelle im System für diese Lehre wäre „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt", worunter Windscheid a. a. O. die „Vermögenszuwendung", Plathner (in d. deutschen G. Z. N. F. II. S. 29) die „Leistung" verstanden wissen will.

6) Windscheid a. a. O. Die dritten Personen können Leistende oder Empfänger sein.

7) Das Zahlungsmandat ist nicht nothwendig ein obligatorischer, es kann auch ein liberatorischer Vertrag sein. Unger Verträge zu Gunsten Dritter S. 60 Note 79 a meint sogar, daß die von ihm sog. Verträge zu Gunsten Dritter auch dinglich sein könnten — ein weiteres Argument für die Einreihung unserer Lehre in den allgemeinen Theil.

8) Andere indirecte Leistungsarten, als: Delegation, Scontration, Expromission ꝛc. (Gerber §. 173) gehören in den speciellen Theil.

1) Einschlagend die Literatur der Verträge zu Gunsten Dritter, vgl. namentlich Bähr in den dogm. Jahrb. VI. S. 131—186 (auch XI. S. 394—397), Busch Doctrin und Praxis über die Giltigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860), Delbrück Uebernahme fremder Schulden (1853), Zaun Archiv f. prakt. R. W. N. F. I. S. 11 f., Thöl Handelsrecht I. §. 114—118, Windscheid §§. 316, 412, Brinz Pand. (1. Aufl.) S. 1624 f., Unger die Verträge zu Gunsten Dritter 1869 (wo weitere Nachweisungen über die Literatur S. 68—81; über diese Schrift Lemayer G. Z. 1869 Nr. 82—87). Bruns in Holtzendorff's Encykl. I. S. 323. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 142—159. Dolliner Kurze Erläuterung des §. 1019 in der Ztschr. f. R. und St. W. 1836. I. S. 164 f. Nippel Mater. I. S. 165—168.

Digitized by Google

Beauftragten angenommener Auftrag heißt technisch Zahlungsmandat[2]) (Zahlung hier = Leistung).[3]) Der Auftrag, zu leisten, ist nicht das einzige charakteristische Merkmal des Zahlungsmandates[4]); die Leistung soll zugleich auf Rechnung oder statt des Auftraggebers geschehen, so daß im Enderfolge nicht der Beauftragte, sondern der Auftraggeber als der an den Dritten Leistende erscheint[5]); mit anderen Worten: der vermögensrechtliche Vortheil, den der Empfänger durch die Leistung erhält, stammt nicht aus dem Vermögen des Beauftragten, sondern aus dem Vermögen des Auftraggebers, und erzeugt für ihn und den Leistungsempfänger diejenigen Wirkungen, die an die Natur einer solchen Leistung gebunden sind z. B. die Wirkungen eines Darlehens, einer Schenkung, einer Schuldzahlung, einer indebite gemachten Leistung u. s. w. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn Jemand beauftragt wird, eine ihm vom Auftraggeber übergebene Sache einem Dritten[6]) auszufolgen (Spediteur, Bote), oder dem Dritten auf Rechnung des Auftraggebers eine Summe auszuzahlen, (wo er denn zugleich im Namen des Auftraggebers handelt), sondern auch, wenn zunächst der Auftraggeber den Anspruch auf eine bestimmte Leistung erwirbt, welchen er aber dann[7]) dem Dritten dadurch zuwendet, daß er sich die Erfüllung an ihn versprechen läßt, (wo also der Beauftragte zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers leistet) wie z. B. bei der in einem Kaufvertrage getroffenen Verabredung, daß der Käufer die Summe an einen Dritten abführen, die Geschwister des Verkäufers aussteuern, die Gläubiger desselben befriedigen solle, bei der Verabredung mit einer Witwenversorgungsanstalt, der Witwe des Promissars eine Summe auszubezahlen, bei der Bezahlung eines Wohnzimmers oder der Beredung einer Unterlassungsverpflichtung[8]) zu Gunsten eines Dritten. Der Auftraggeber

---

2) Diesen Ausdruck gebrauchen nach dem Vorgange Thöl's §. 114: Puchta §. 326, Arndts §. 295, Windscheid §. 412, Walter Syst. §. 273, Gerber §. 173 u. A.

3) Thatsächlich hat ja diese Leistung wohl auch in den meisten Fällen eine Schuldzahlung (im weitesten Sinne §. 1412) zum Zweck.

4) Zu allgemein bezeichnet Windscheid §. 412 das Zahlungsmandat als den „Auftrag an einen Dritten, eine Vermögensleistung zu machen."

5) Der Zweck des Geschäftes ist immer eine Leistung des Auftraggebers an den Dritten. Auch Windscheid §. 412 lit. a betont richtig, daß „der Auftrag als solcher in den Hintergrund tritt und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung".

6) Zum Eigenthum, Gebrauch ꝛc., nicht etwa auch zur Verwahrung, weil diese nicht im Interesse des Dritten liegt. Zahlungsmandate auf Ausfolgung von Sachen können übrigens auch unter den (im Text) folgenden Gesichtspunkt fallen; die zu übergebende Sache kann sowohl dem Mandanten, als dem Mandatar, als auch dem Dritten selbst gehören, keineswegs muß der Mandatar (wie Ellinger ad §. 1019 behauptet) immer aus dem Seinigen etwas versprechen. Man nehme z. B. den Fall: A leiht dem B eine fremde Sache mit dem Auftrage, sie nach gemachtem Gebrauche direct an den Eigenthümer zurückzustellen.

7) Meist sofort, doch keineswegs immer; wenn A von B zu fordern hat, kann er ihm auch erst nachträglich auftragen, das Object der Leistung an C abzuführen.

8) Z. B. der Verkäufer bedingt sich von dem Käufer, daß dieser dem Nachbar das ablaufende Regenwasser nicht entziehe.

Digitized by Google

erkauft in all' diesen Fällen die bestimmte Leistung, sie ist das Aequivalent seines Geldes, an dessen Stelle sie tritt; sie kommt also, wenn sie vollzogen wird, aus dem Vermögen des Auftraggebers; er ist als der Leistende anzusehen, während der unmittelbare Vollbringer nur Mittelsperson ist; des letzteren Handlung ist nicht nur ökonomisch, sondern auch juristisch eine Handlung des Auftraggebers; denn diesem schuldet der Leistungsempfänger, wenn Obligiren Zweck der Handlung war, dieser hat das Rückforderungsrecht, wenn sine causa geleistet wurde, dieser gilt als Geschenkgeber, wenn Schenkung der Zweck des Auftrags war. Der Beauftragte gilt also dem Leistungsempfänger gegenüber nur als Stellvertreter des Auftraggebers, nur als Gehilfe bei der Leistung, und er kann also, wiewohl er nur auf Rechnung des Auftraggebers[9]), nicht in dessen Namen leistet, auch juristisch als dessen Repräsentant betrachtet werden.[10]) Thatsächlich nennt das b. G. B. auch einen solchen Beauftragten einen „Machthaber" (§. 1019).

Das Zahlungsmandat kommt entweder als selbständiges Geschäft vor (dahin gehört z. B. die Uebergabe einer Sache an einen Boten, Frachter, Spediteur u. s. w. zum Zwecke der Ablieferung an einen Dritten, die Uebergabe von Nachlaßgegenständen an den Testamentsexecutor, um sie an die letztwillig bestimmten Personen auszufolgen u. dgl.), oder es bildet nur einen Bestandtheil eines anderen Geschäftes (z. B. eines Kaufes, einer Schenkung, einer Hinterlegung u. dgl.), mit welchem der Auftrag an den Contrahenten verbunden ist, den Gegenstand des Geschäftes oder etwas, was dessen Aequivalent bildet, dem Dritten zu leisten. In Fällen dieser Art befreit sich der Zahlungsmandatar durch die Leistung auch von der besonderen, aus dem Geschäfte ihm obliegenden Verbindlichkeit, während er beim selbständigen Zahlungsmandat durch die Leistung häufig erst zum Gläubiger des Mandanten wird.

II. Wirkung. Die nächste Wirkung des Zahlungsmandates ist, so lange der Dritte von demselben nicht verständigt ist, wie bei einem gewöhnlichen Mandat lediglich die Entstehung eines Verpflichtungsverhältnisses zwischen dem Mandanten und Mandatar, welches denn auch beliebig widerrufen werden kann (§§. 1403, 1404). Sobald aber der Dritte von dem zwischen jenen Beiden getroffenen Uebereinkommen durch den Auftraggeber oder den Beauftragten benachrichtigt worden ist, so erlangt derselbe, übereinstimmend mit dem heutigen gemeinen Recht[11]) und abweichend von dem

9) Dagegen wäre allerdings der einem Andern gegebene Auftrag zu einer Leistung an einen Dritten, wenn dabei die Berechtigung ausgeschlossen wäre, die Leistung dem Auftraggeber in Rechnung zu bringen, kein Zahlungsmandat, gleichviel ob dem Dritten eine Schuld bezahlt oder er beschenkt werden soll. Bähr S. 136, 137. Anders der Auftrag, mit der Leistung an den Dritten dem Auftraggeber eine Schenkung zu machen.

10) Der Beauftragte leistet zunächst im eigenen Namen, indem er eine ihm obliegende Leistung vollzieht; zugleich bewirkt er aber damit auch eine Leistung des Auftraggebers an den Empfänger, seine Leistung ist zugleich eine Leistung des Auftraggebers und er ist sonach dessen Repräsentant. M. a. W. Repräsentant ist auch Derjenige, der zwar nicht in fremdem Namen, aber auf fremde Rechnung handelt (s. oben S. 361).

11) Vgl. außer den oben angef. Abhh. v. Bähr, Busch, Delbrück und Zaun

Digitized by Google

Grundsatze: ex pacto tertii nemo acquirit[12]) (neben seinem gegen den Mandanten allfällig bereits bestehenden Anspruch) ein directes Klagrecht auf die Leistung gegen den Mandatar, selbst wenn der Dritte ein bestimmtes Einverständniß nicht geäußert hat (§. 1019).[13]) Die Benachrichtigung fügt also zu dem zwischen Mandant und Mandatar bereits bestehenden Rechtsverhältniß auch ein solches zwischen dem Dritten und dem Mandatar und — wofern dieses nicht schon früher bestand — ein Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten hinzu. Diese eigenthümliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses begreift sich daraus, daß das Stillschweigen des Dritten zu der erhaltenen Benachrichtigung als Annahme einer ihm vom Mandanten ertheilten Ermächtigung[14]), die Leistung einzufordern und zu

noch Beseler Erbvertr. II. 1. §. 2 S. 75 f., Walter Syst. §. 256, Pfeiffer Ztschr. f. Deutsch. R. IX. S. 474 f., Unger der revid. Entw. S. 85. Es fehlt jedoch nicht an Stimmen, welche die gemeinrechtliche Existenz dieses Satzes bekämpfen: Savigny Obl. R. II. S. 83, 84, Gerber §. 158 Note 2 a. E. u. A.

12) Das röm. R. enthält diesen Satz in voller Schärfe, so daß ein Vertrag, durch welchen man sich eine Leistung an einen Dritten in der Weise bedingt, daß dieser Dritte der unmittelbare Gläubiger werden soll, völlig ungiltig ist; den Fall einer Pönalstipulation ausgenommen, kann nicht einmal der Promissar auf die Leistung an den Dritten klagen. (L. 11. D. de O. et A. 44. 7. L. 38. §. 17. D. de V. O. 45. 1. Bangerow III. §. 608. S. 308. Buchka Stellvertr. S. 189 f.) Ueber die später anerkannten Ausnahmen von dieser Regel s. bes. Unger Vertr. z. G. Dr. S. 27—55.

13) Die übrigen Gesetzbücher (A. L. R. I. 5. §. 74—77, Sächs. §. 853 bis 857, 1330, Cod. civ. Art. 1121 cf. 1973) bestimmen hingegen, daß der Dritte erst dann klagberechtigt wird, wenn er dem zwischen Mandant und Mandatar geschlossenen Vertrage förmlich beigetreten ist (sog. Beitritts- oder Aneignungstheorie, Unger S. 94), wo es aber dann nicht wesentlich ist, daß eine Leistung im Namen und auf Rechnung des Mandanten versprochen werde. Das Gleiche gilt von der römischen Delegation, welche (Windscheid §. 353 Note 9) im Wesentlichen mit dem heutigen Zahlungsmandat zusammenfällt (vgl. Cod. civ. Art. 1275 f.). Bei dem röm. mandatum aliena gratia (pr. §. 3. 4. 5. J. mand. 3. 26. L. 2. §. 2. 3. 5. L. 6. §. 4. D. mand. 17. 1. cf. L. 28. D. de neg. gest. 3. 5.) wird gar nicht beabsichtigt, ein Forderungsrecht für den Dritten zu begründen. Bangerow §. 608 (III. S. 309 f.), Unger S. 91, 92.

14) So erklärt die Sache Bähr S. 147 f., welcher demgemäß dem Dritten eine actio mand. utilis gibt. Anders Dolliner a. a. O., Stubenrauch III. S. 221, Winiwarter IV. S. 227, Ellinger ad §. 1019, welche in diesem Vorgange die von Seiten des Dritten erfolgende Annahme des zu seinen Gunsten gemachten Versprechens (seinen Beitritt zu dem zwischen Mandant und Mandatar geschlossenen Vertrag, vgl. Plathner in d. D. G. Z. N. F. II. S. 17) erblicken. Diese beiden Constructionen führen jedoch zu wesentlich verschiedenen Ergebnissen. Nach der letzteren Auffassung entstünde nämlich, wenn der Gegenstand des Zahlungsmandates die Zahlung einer Schuld des Mandanten an den Dritten wäre, eine Intercession (§. 1343), eine Schuldübernahme im technischen Sinne, und der Mandatar könnte daher dem Dritten alle Einwendungen, die dem Mandanten zustehen, entgegensetzen, ja, wenn die übernommene Schuld nichtig wäre, wäre das Zahlungsmandat selbst nichtig (§. 1351); nach der Theorie Bähr's dagegen stehen diese Einwendungen dem Mandatar nicht zu. Unzweifelhaft ist das letztere Ergebniß das richtige, da den Mandatar die Nichtigkeit der Schuld des Mandanten nichts angeht und er sich mit dem Schaden des Mandanten bereichern würde, wenn er von der Zahlung an den Dritten losgesprochen würde. (So auch Windscheid §. 412 lit. e; vgl. Sächs. G. B. §. 1333.) Die Dolliner'sche Theorie würde ferner in

Digitized by Google

behalten angesehen wird; es handelt sich hier eben lediglich um eine Berechtigung des Dritten ohne Gegenverpflichtung desselben [15]), und die Annahme eines Vortheils läßt sich unbedenklich auch aus Umständen entnehmen, die sich sonst als stillschweigende Willensäußerungen nicht darstellen würden.[16])

Die Fälle, in denen in der geschilderten Weise ein Dritter aus einem Geschäfte, an dem er sich nicht betheiligt hat, klagberechtigt wird, sind sehr zahlreich und mannigfaltiger Art. Dahin gehören z. B. die vom Käufer eingegangene Verpflichtung, den Kaufpreis an einen Dritten als Schenkung des Verkäufers oder zu einem sonstigen von letzterem beabsichtigten Zweck abzuführen [17]), die verschiedenartigen Schuldübernahmen bei Gutskäufen [18]) oder bei Uebertragungen ganzer Vermögenscomplexe (z. B. eines Handlungsetablissements) [19]) mit Activen und Passiven [20]), die Verbindlichkeit der

---

dem angegebenen Falle zu dem Resultat führen, daß der Dritte, wiewohl eine ausdrückliche Annahme desselben nicht vorliegt, nach §§. 1401, 1406 behandelt werden müßte, und daher vor vergeblicher Aufforderung des Zahlungsmandatars zur Zahlung den Zahlungsmandanten gar nicht belangen könnte. Der nach §. 1019 verständigte Dritte ist aber, wenn auch procurator in rem suam, doch noch keineswegs Assignatar; denn wird einem Bevollmächtigten eine Sache mit dem Auftrage, sie einem bestimmten Dritten auszuliefern, übergeben, so empfängt sie der Dritte im eigenen, nicht im fremden Namen. Die Forderung, die der Mandant in der mit dem Mandatar getroffenen Verabredung begründet, hat das Eigenthümliche, daß das Subject derselben der Contrahent (Mandant), das passive Subject ihrer Erfüllung (der Empfänger) aber ein Dritter ist, welcher sie aber vorläufig nicht geltend machen kann, da ihm das Klagrecht fehlt. Dieses soll ihm erst verschafft werden, und es geschieht durch die im §. 1019 vorgeschriebene Benachrichtigung, die also, mag sie vom Mandanten oder Mandatar ausgegangen sein, als eine vom ersteren ertheilte unwiderrufliche Klageermächtigung (nicht als Uebertragung des Klagerechts, denn auch der Mandant kann klagen) anzusehen ist. Der „Dritte" des §. 1019 unterscheidet sich also vom Assignatar darin, daß dieser zur Entgegennahme der Leistung, jener nur zur Erhebung der Klage ermächtigt erscheint. (Vgl. Unger Vertr. z. G. Dr. S. 62: „Der Primus ist Promissar, aber nicht Gläubiger".) Ueber einen anderen, die Compensationsbefugniß betreffenden Unterschied s. unten Note 31.

15) Vgl. „Vortheil zuzuwenden" §. 1019; „bloß zu ihrem Vortheil gemachtes Versprechen" §. 865. Der Ausdruck ist aus dem A. L. R. I. 5. §. 74. — Geht gleichwohl aus dem Empfange eine Verpflichtung hervor z. B. zur Rückzahlung der Darlehenssumme, so muß sie schon früher stipulirt worden sein.

16) Jedermann läßt sich eben gerne Rechte ertheilen; vgl. Savigny Syst. IV. S. 151.

17) Bähr S. 137, Entsch. G. Z. 1868 Nr. 82 [= Sammlung VI. Nr. 2966.].

18) Vgl. Entsch. G. Z. 1859 Nr. 41, dagegen Entsch. G. Z. 1868 Nr. 25 [= G. H. 1868 Nr. 46), Pl. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 82 [= Sammlung II. Nr. 721, VI. Nr. 2953, VII. Nr. 3418].

19) Vgl. Entsch. G. Z. 1862 Nr. 154, 1870 Nr. 36 [= Sammlung III. Nr. 1235, VIII. Nr. 3741]. Vgl. Schuster Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundst. den Hypothekargläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verantwortlich? (1830) und die von Damianitsch Literatur zu §. 466 angeführten Schriften. — Indessen macht es (Unger a. a. O. S. 87, 90) einen wesentlichen Unterschied, ob das Versprechen, die Schulden des Promissars zu bezahlen, eine Zahlungs- oder eine Schuldübernahme ist (vgl. unten Note 34). Uebrigens ist die Zahlungsübernahme an dieser Stelle, die Schuldübernahme im Obligationenrecht zu behandeln.

20) Bähr S. 171, 182.

Digitized by Google

Witwencassen zur Auszahlung der von dem verstorbenen Manne stipulirten Summe an dessen hinterlassene Witwe [21]), das Uebereinkommen mit der Post, dem Frachter oder Spediteur, dem Adressaten eine Sendung auszuliefern [22]), die Auflage bei bäuerlichen Gutsübernahmen, die noch bei Lebzeiten des Uebergebers erfolgen (successio anticipata), ein gewisses Erbegeld an die Geschwister auszuzahlen [23]), die Schenkung mit der Auflage der Versorgung eines Dritten [24]) oder der seinerzeitigen Ueberlassung der geschenkten Sache an die Nachkommen des Beschenkten [25]), das Deponiren oder Ausleihen einer fremden Sache mit dem Auftrage, sie an den Eigenthümer zurückzustellen [26]), die Bestellung eines Testamentsexecutors mit dem Auftrage der Befriedigung bestimmter Nachlaßinteressenten [27]), das Uebereinkommen beim Verkauf unbeweglicher Güter, den bisherigen Miether oder Pachter in der Weiterbenutzung des Gutes zu belassen [28]) u. s. w. Keineswegs aber würde das von einer Person einer anderen gegebene Versprechen, ihre eigenen oder des Promissars Schulden ohne Anspruch auf Rückvergütung gegen die letztere zu bezahlen, oder unentgeltlich eine Schuld zu erlassen, für den Dritten einen klagbaren Anspruch oder eine wirksame Einrede begründen [29]), weil hier eine Leistung auf eigene Rechnung des Leistenden zugesichert wird.

Aus dem Umstande, daß der Dritte Repräsentant des Zahlungsmandanten hinsichtlich der Klagberechtigung ist, folgt nothwendig, daß ihm der Zahlungsmandatar alle Einreden entgegenstellen kann, die ihm gegen den Mandanten zustehen [30]), insofern in der eingegangenen Verpflichtung an den Dritten zu zahlen, nicht etwa eine Verzichtleistung auf gewisse Einreden liegt. Dies gilt insbesondere von der Einrede der Compensation [31]);

21) Bähr S. 138; vgl. jedoch Entsch. G. Z. 1874 Nr. 10 [= Sammlung XI. Nr. 5200].

22) Bähr S. 140, Entsch. G. Z. 1856 Nr. 58 [= Sammlung I. Nr. 163].

23) Bähr S. 167, Entsch. G. Z. 1871 Nr. 29 [= Sammlung VIII. Nr. 3983], wo die Auflage als giltig erkannt wurde.

24) Hier hat der Dritte schon nach röm. R. ein Klagrecht.

25) Vgl. Entsch. G. Z. 1857 Nr. 130 [= Sammlung I. Nr. 423].

26) Auch hier hat der Dritte schon nach röm. R. ein Klagrecht.

27) Nicht auch im Falle des allgemein lautenden Auftrages, den Nachlaß seinem Zwecke zuzuführen; der Dritte muß in dem Zahlungsmandat bestimmt bezeichnet sein.

28) Bähr S. 182, vgl. auch Unger S. 21 Note 25. Dagegen meint Lemayer G. Z. 1869 Nr. 82, dieses Uebereinkommen hindere den neuen Eigenthümer nicht, den Miether auszutreiben und es habe der letztere nur einen Ersatzanspruch gegen den Vermiether. Allein der Vermiether ist ja gar nicht im Verschulden, und kann daher auch nicht zum Ersatz verhalten werden; unzweifelhaft beruht ja der Ersatzanspruch des §. 1120 auf einer Schuldverletzung; vgl. Randa G. Z. 1869 Nr. 49 Note 6, Zródłowski ebda Nr. 88.

29) Der Bezahlende handelt hier im eigenen Namen und auf eigene Rechnung; er ist gar nicht „Machthaber" des Promissars im Sinne des §. 1019.

30) Dagegen meint Lemayer G. Z. 1869 Nr. 84, daß es lediglich auf die Person des Dritten, nicht auch des Promissars bei der Beurtheilung der Verträge zu Gunsten Dritter ankomme, so daß selbst die Willensunfähigkeit des Promissars dem Vertrage nicht schaden soll. Aber vgl. auch sein Einlenken in Note 28.

31) Hingegen kann der Zahlungsmandatar eine Gegenforderung, die er

Digitized by Google

diese kann der Mandatar, wenn sie ihm gegen den Mandanten zusteht, gegen den Dritten nicht gebrauchen, weil dies dem getroffenen Uebereinkommen, dem Dritten zu zahlen, widerstreiten würde.[32]) Durch eine ausdrückliche, dem Dritten gegebene Zahlungszusicherung verliert er, da darin eine Anerkennung liegt, die ihm zustehenden Einreden (§§. 1408, 1409 mit §. 1396).[33])

Wird insbesondere der Zahlungsmandatar beauftragt, eine Schuld des Mandanten an den Dritten zu bezahlen, so entsteht die Frage, ob dem vom Dritten auf Zahlung geklagten Mandatar auch die Einreden zustehen, die der Mandant dem Dritten hätte entgegensetzen können, wie z. B. die Einrede der Bewucherung. Die Frage muß verneint werden, weil der Dritte, indem er den Mandatar klagt, nicht seine Forderung gegen den Mandanten, sondern vielmehr die Forderung des Mandanten gegen den Mandatar geltend macht und es selbstverständlich ist, daß aus der Kraftlosigkeit der ersteren nicht auch die der letzteren folgt.[34]) Diese Kraftlosigkeit bewirkt höchstens, daß der Mandant dasjenige, was der Dritte vom Mandatar erhalten hat, mit der cond. sine causa u. dgl. zurückverlangen kann.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, ob der Auftrag, den Dritten auf Rechnung des Mandanten zu beschenken, der für Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form bedarf, um eine Klage für den Dritten zu begründen. Die Frage ist zu verneinen, da der Dritte nur die dem Mandanten zustehende Klage anstellt, und das, was er erhält, auch ohne schriftliche Urkunde behalten darf.[35])

---

gegen den Dritten hat, diesem compensando entgegensetzen, weil der benachrichtigte Dritte wirkliches Subject der aus dem Zahlungsmandat entstandenen Forderung ist. Hiedurch unterscheidet sich dieser Dritte von dem Assignatar, welcher regelmäßig nicht Subject der Forderung ist, zu deren Einhebung er vom Assignanten ermächtigt wurde.

32) Bähr S. 155.

33) Vorausgesetzt, daß dem Dritten diesfalls nicht ein Dolus zur Last fällt (§. 1396).

34) Gibt A dem B den Auftrag, dem C eine Schuld des A, die aber nach §. 991 nichtig ist, zu bezahlen, so kann der von C verklagte B die Einrede des Wuchers nicht erheben, A hat aber nach erfolgter Zahlung die condictio sine causa. Das Gesagte gilt selbst dann, wenn der Zahlungsmandatar beauftragt wird, dem Dritten statt dessen, was er dem Mandanten schuldet, die Schuld des letzteren abzutragen, wie wenn z. B. bei einem Gutskaufe der Käufer die Verbindlichkeit übernimmt, die auf dem Gute haftende Forderung des X zu bezahlen, wovon dieser verständigt wird; auch hier kann X infolge dessen nicht seine auf dem Gute haftende Forderung, sondern nur die Forderung des Verkäufers, den X zu bezahlen, also die Forderung aus dem Kaufvertrage geltend machen (dies wird übersehen in der Entsch. G. Z. 1859 Nr. 41 [= Sammlung II. Nr. 721]. So auch Windscheid §. 412 lit. a; vgl. auch Sächs. G. B. §. 1333. — Anders wäre es, wenn sich mit dem Zahlungsmandat eine Schuldübernahme im technischen Sinne, also eine Intercession (worunter man überhaupt die Uebernahme einer fremden Schuld durch Uebereinkommen mit dem Gläubiger versteht, §. 1343, Vangerow III. §. 577 S. 142, Liebe im Rechtslex. V. S. 508) verbunden hätte, wo dem Intercedenten alle Einreden des früheren Schuldners zu Statten kommen; eine Interception muß aber ausdrücklich verabredet sein, und der Zahlungsmandatar kommt mit dem Dritten trotz der Benachrichtigung des §. 1019 in kein directes Vertragsverhältniß. Der §. 1351 ist also auf das bloße Zahlungsmandat nicht anwendbar.

35) Der Auftrag gilt für den Dritten als Klagsermächtigung, und diese kann auch mündlich gegeben werden. Auch Ellin-

Digitized by Google

Betreffend das Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten bestimmt das Gesetz, daß auch der Mandant von dem Dritten auf die Leistung geklagt werden könne. Dies bezieht sich aber offenbar nur auf den Fall, daß der Mandant bereits vor dem Mandat Schuldner des Dritten war[36]), oder daß er sich vom Zahlungsmandatar nachträglich dasjenige leisten ließ, was dieser ursprünglich an den Dritten hätte leisten sollen[37]), während es in anderen Fällen (wie z. B. bei einer beabsichtigten Schenkung) widersinnig wäre, den Mandanten in Folge des Zahlungsmandates im Widerspruch mit seiner Willenserklärung zum Schuldner des Dritten zu machen.

In sonstiger Beziehung gilt im Verhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten dasjenige, was weiter unten von dem Verhältniß zwischen dem Assignanten und dem Assignatar gesagt werden wird.[38])

Ist die Leistung, gemäß dem Zahlungsmandat, erfolgt, so gilt juristisch der Mandant als der Leistende, und darum steht es auch nur ihm zu, sie wegen allfälliger juristischer Mängel anzufechten.[39]) Für den Zahlungsmandatar hat die Leistung die Bedeutung der Erfüllung seiner aus dem Mandat hervorgehenden Verbindlichkeit; sie kann für ihn aber die Bedeutung der Zahlung einer besonderen Schuld gegen den Mandanten, oder umgekehrt die Wirkung haben, daß dieser hiedurch erst Schuldner des Mandatars wird. Darum wird das Zahlungsmandat dazu benutzt, um mehrere Zahlungen in Einem Acte zu leisten.[40])

III. Erlöschung.[41]) Auch in dieser Beziehung hat das Zahlungsmandat manches Eigenthümliche. Sobald nämlich der Dritte verständigt

---

ger ad §. 1019 vermuthet, daß hier Schriftlichkeit nicht nothwendig sei. — Doch ergibt sich gegen diese Entscheidung das Bedenken, daß zum Begriff der Schenkung ein Vertrag des Geschenkgebers mit dem Beschenkten gehört, welcher Vertrag hier fehlt.

36) Wenn A mit B übereinkommt, es solle dieser den dem ersteren schuldigen Kaufpreis an den C als Schenkung des A abführen, so hat der davon verständigte C offenbar nur gegen den B ein Klagrecht. Dagegen sind Stubenrauch III. S. 221, Winiwarter IV. S. 227 und Ellinger ad §. 1019 auf Grund ihrer Buchstabeninterpretation der Ansicht, C habe auch eine Klage gegen A, aber nur dahin, daß dieser den B verhalte, daß dieser das Versprochene an C abführe! Dolliner a. a. O. hingegen meint, C habe dann eine Klage gegen beide, wenn er von beiden benachrichtigt worden sei, sonst nur gegen jenen, der ihn benachrichtigt habe. — Will man schon von einer, in allen Fällen gegen den Mandanten zustehenden Klage sprechen, so kann es nur eine Klage darauf sein, daß der Mandant es bei den getroffenen Vorkehrungen bewenden lasse — also eine präjudicielle Klage.

37) Aber auch in diesem Falle entfällt die Klage, wenn der Zweck des Zahlungsmandates die Beschenkung des Dritten war, und dieser hierüber keine schriftliche Urkunde besitzt (§. 943).

38) Das Zahlungsmandat ist also noch nicht die Leistung selbst, sondern gibt nur einen Anspruch auf dieselbe in der verabredeten Form; und die Leistung kann eine Schuldzahlung, Schenkung, Vorschußleistung u. s. w. sein. Ein Unterschied ist aber, daß, wenn sie Schuldbezahlung sein soll, der Dritte nicht, wie im ähnlichen Falle der Assignatar (§§. 1401, 1406) verpflichtet ist, sich zunächst an den Zahlungsmandatar zu halten.

39) Windscheid §. 412 lit. a.

40) Hierüber Windscheid §. 412 Note 8.

41) Die näheren Belege hiezu im speciellen Theil in der Lehre vom Mandat.

Digitized by Google

ist, erlischt dasselbe weder durch Widerruf[42]) noch durch Aufkündigung, noch durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars, weil diese Thatsachen höchstens das zwischen dem Mandanten und Mandatar bestehende Verhältniß, nicht aber die Schuld des letzteren gegen den Dritten aufheben können. Aber auch schon vorher können diese Erlöschungsarten unwirksam werden: der Widerruf dann, wenn der Zahlungsmandatar ein selbständiges Interesse hat, an den Dritten zu zahlen (z. B. bei der Verabredung, daß durch die Leistung sowohl die Schuld gegen den Dritten, als die gegen den Mandanten abgetragen sein solle); die Aufkündigung und der Tod, wenn das Mandat und die eingegangene Verbindlichkeit zur Leistung so enge verknüpft sind, daß die eine ohne die andere nicht aufgehoben werden kann (wie z. B. bei dem dem Käufer gegebenen Auftrag, die Schulden des Verkäufers zu bezahlen). Auch der Concurs über das Vermögen des Mandanten oder des Mandatars vernichtet das Zahlungsmandat nicht, wenn die Leistung an den Dritten auf Rechnung des von dem Mandanten an den Mandatar übergegangenen Vermögenswerthes geschehen soll, weil eine solche Erlöschung in allen Fällen eine ungerechtfertigte Bereicherung des Mandatars mit fremdem Schaden wäre.

§. 137. Die Anweisung (Assignation).[1])

I. Wesen. Eine indirecte Leistung kann auch dadurch bewirkt werden, daß man demjenigen, dem geleistet werden soll, die Ermächtigung ertheilt, sich etwas auf Rechnung des Ermächtigenden, aber im eigenen Interesse (zu eigenem Vortheil) leisten zu lassen. Eine solche Ermächtigung heißt Anweisung (Assignation)[2]), und bezweckt eine indirecte Leistung[3]) auf einem dem Zahlungsmandat gewissermaßen entgegengesetzten Wege. Vom Mandat unterscheidet sie sich dadurch, daß der Anweisungsempfänger, welcher, so gut wie der Mandatar, Repräsentant ist, zu der bestimmten Handlung nur berechtigt, nicht verpflichtet[4]) und sonach ein procurator in

42) Entsch. G. H. 1869 Nr. 5 [S. 17; in den Sammlungen nicht enthalten], betreffend den einem Spediteur gemachten Auftrag zur Ausfolgung der Waare an den Destinatar, welcher Auftrag aber nach der Verständigung des letzteren contremandirt wurde.

1) Vgl. Thöl Handelsrecht 3. Aufl. I. §. 121—133 S. 461—492, Günther im Rechtslex. I. S. 317—339, Plathner z. L. v. d. Assignation in der D. G. Z. n. F. II. S. 1—32, Salpius Novation §. 5—22, 71—76, Ladenburg die Anweisung und der gezogene Wechsel (1858; auch im Arch. f. Wechselr. VI. S. 347—356), Ladenburg die Anweisung in Busch Arch. f. Handelsrecht X. S. 38—48, Pothier traité du contrat de change im Abschnitt des rescriptions no. 225—235, Holzschuher 1. Aufl. II. 2. S. 110—112, 365, 583—590, Keller §. 317, Windscheid §. 412. Mittermaier §. 561, Biener Wechselr. Abh. S. 441—445, Brockhaus Illustr. Haus- und Familienlex. I. S. 436—444 (1860).

2) In Frankreich und Belgien heißt die Anweisung Mandat oder Rescription, in England Check (Brockhaus S. 436).

3) Windscheid §. 412 lit. a., wo er freilich die Anweisung fälschlich ein Incassirungsmandat nennt.

4) Der Punkt ist bestritten. Vgl. einerseits Thöl §. 121, Sächs. G. B.

Digitized by Google

rem suam ist. Der Anweisende wird Assignant, der Anweisungsempfänger Assignatar, der Dritte, der die Leistung vollziehen soll, Assignat genannt.[5])

Der Zweck[6]) der durch die Assignation zu erreichenden indirecten Leistung kann ein so mannigfacher sein, wie der Zweck der Leistung überhaupt, also insbesondere Schuldzahlung, Schenkung, Begründung einer Forderung gegen den empfangenden Assignatar[7]); es ist also zu eng, wenn die ältere Doctrin und mit ihr das b. G. B. die Assignation unter den Gesichtspunkt eines Mittels der Schuldtilgung des Assignanten an den Assignatar, und damit der Aenderung einer Obligation durch das Hinzukommen eines neuen Schuldners (des Assignaten) stellte (§. 1400).[8]) Der Assignat, dem die Leistung an den Assignatar für Rechnung des Assignanten

---

§. 1331, andererseits Plathner S. 4—6, A. L. R. I. 16. §. 251; auch H. G. B. Art. 300. Es kommt wohl auch vor, daß dem Repräsentanten die Handlung zur Pflicht gemacht wird; auch in diesem Falle ist die Assignation nicht ein Mandat (was wegen des principiellen Gegensatzes zwischen beiden nicht möglich wäre), aber es concurrirt ein Mandat mit der Anweisung. Mit Unrecht bezeichnen daher Günther S. 327, Thöl §. 121, Holzschuher S. 583 Note *, Puchta §. 326, Arndts §. 295, Windscheid §. 412, Brinkmann Handelsr. §. 139, Endemann Handelsr. §. 129 u. A. die Anweisung als ein Mandat und sogar als Doppelmandat. Vgl. dagegen Keller S. 595, Pothier l. c., Salpius §. 9, 13, Plathner S. 4, Ladenburg in Busch Arch. X. S. 37, Mittermaier §. 561; selbst Thöl §. 121 Note * bemerkt, daß in gewissen seltenen (?) Fällen der Assignatar gar nicht Mandatar sei; vgl. auch Sächs. G. B. §§. 1336—1338. Ein Mandat kann, wie Pothier l. c. bemerkt (s. Biener S. 444), höchstens vorhanden sein, wenn solvendi causa angewiesen wird, nicht aber, wenn es credendi oder donandi causa geschieht. Insbes. involvirt der Creditbrief kein Mandat.

5) Thöl §. 121 erklärt den Ursprung dieser Bezeichnungen damit, daß man seinerzeit das schuldnerische Verhältniß des Assignanten zum Assignatar für wesentlich hielt, und daher die Ausdrücke debitor assignatus, debitor assignans und creditor assignat(ari)us schuf. „Anweisen" bedeutet übrigens „anzeigen", der Assignant zeigt dem Assignatar den Assignaten an (Keller S. 594). Ueber die deutschen Bezeichnungen ist man nicht einig; so z. B. wird unter dem „Angewiesenen" im A. L. R. I. 16 §. 251 f. der Assignatar, im Sächs. G. B. §. 1328 f. hingegen der Assignat verstanden und der Assignatar „Anweisungsempfänger" genannt.

6) Auch hier kann der Inhalt der Leistung nicht nur in einem Geben, sondern ebenso in einem Thun, Dulden oder Unterlassen bestehen. Windscheid §. 412 Note 1, Plathner S. 31. Man denke z. B. an eine auf Gewährung einer Wohnung lautende Anweisung. Zu eng daher Sächs. G. B. 1328. Der übliche (von Thöl §§. 119, 121 aufgebrachte) Ausdruck „Eincassirungsmandat" zur Bezeichnung der Anweisung ist nicht nur aus dem Note 4 angeführten Grunde, sondern auch darum zu verwerfen, weil er nur auf Gelderhebungen passen würde.

7) Keller a. a. O., Plathner S. 29, Windscheid §. 412 Note 8, 9.

8) So noch Glück XV. S. 241, 294, Thibaut §. 517; vgl. A. L. R. I. 16, §. 251, aber auch §. 259. Auch unter den österr. Commentatoren ist es nur Winiwarter V. S. 81, welcher eine Anweisung auch dann annimmt, wenn der Assignant mit dem Gegenstande der Leistung den Assignatar beschenken will, eine Anschauung, welche sogar noch von Stubenrauch III. S. 642 Note * bekämpft wird. Heutzutage ist die richtige Ansicht allgemein angenommen; so von Thöl §§. 121, 124, Günther S. 327, Holzschuher S. 584, Arndts §. 295, Mittermaier S. 561 Nr. I. Plathner S. 4, 28, Sächs. G. B. §§. 1336, 1337.

Digitized by Google

zugemuthet wird, kann allerdings Schuldner des Assignanten sein[9]), muß es aber keineswegs sein[10]); regelmäßig aber soll er in den ihm zugekommenen Auftrag auch selbst einwilligen (wegen §. 881), wodurch erst der Assignatar einen bestimmten Anspruch gegen ihn erlangt, und wo dann die Assignation eine vollständige genannt wird (§. 1401), während sie sonst eine sog. unvollständige heißt[11]); so nennt aber das b. G. B. auch das bloße Uebereinkommen zwischen dem Assignanten und dem Assignaten, daß dieser an einen Dritten leisten solle, und bestimmt, daß diese zwei Fälle unvollständiger Anweisung nur für Jene wirksam sein sollen, die eingewilligt haben (§. 1402); allein thatsächlich ist das zwischen dem Assignanten und dem Assignaten getroffene Uebereinkommen lediglich ein Zahlungsmandat[12]), und daher für dasselbe die diesfälligen Bestimmungen (§. 1019) maßgebend.

Die Elemente der Anweisung sind hienach zwei:

a) eine Ermächtigung zur Empfangnahme der Leistung im Namen des Assignanten, weshalb der Assignatar einer darauf bezüglichen offenen Vollmacht bedarf, welche ebenfalls Anweisung genannt wird (§§. 1405, 1408)[13]), wenn nicht die directe Weisung an den Assignaten zur Leistung erfolgte.[14]) Die Leistung des Assignaten an den Assignatar ist also zugleich eine Leistung desselben an den Assignanten.

b) eine unwiderrufliche Zuwendung dieser Leistung an den Assignatar. Die Leistung des Assignaten ist also juristisch eine doppelte

---

9) Sog. Anweisung auf Schuld.

10) Anweisung auf Credit (Ausdrücke von Thöl).

11) Die Anweisung ist aber auch ohne diesen Beitritt des Assignaten ein perfectes Geschäft. Plathner S. 4 f. Dagegen nehmen Thöl §. 121, Windscheid §. 412, Günther S. 327, Göschen Vorl. §. 535, Tropp in seinen und Heise's Abh. II. 13 eine Anweisung erst dann an, wenn sich dem Geschäfte zwischen Assignant und Assignatar auch der Assignat angeschlossen hat. Darum nennen Thöl und Windscheid die Anweisung eine Verbindung eines Eincassirungs- mit einem Zahlungsmandat.

12) Daß zwischen der „Anweisung" des §. 1403 und dem Zahlungsmandat des §. 1019 ein juristischer Unterschied nicht besteht, ergibt sich daraus, daß §. 1403 den Auftrag an den Assignaten ausdrücklich einen Vollmachtsvertrag nennt und im §. 1409 darauf den §. 1014 anwendet. Der Assignat ist also „Machthaber" im Sinne des §. 1019 und dieser daher auf ihn anwendbar.

13) Vgl. Thöl §§. 121, 122, H. G. B. Art. 301—305. Plathner S. 4 unterscheidet dagegen zwischen der Assignation und dem Assignationsvertrage; er versteht unter der Geldassignation „einen Act" (nicht Vertrag), „durch welchen der Assignant den Assignatar ermächtigt, bei dem Assignaten eine bestimmte Summe Geldes zu erheben, verbunden mit der Aufforderung des Assignanten an den Assignaten, diese Summe für Rechnung des Assignanten an den Assignatar zu bezahlen"; den Assignationsvertrag bezeichnet er hingegen S. 7 als den Vertrag, durch welchen der Assignant und der Assignatar die Ertheilung der Assignation verabreden.

14) Beides enthält eine Aufforderung des Assignaten zur Leistung an den Assignatar. So auch Plathner S. 6. Salpius S. 49 gebraucht dafür den Ausdruck jussus. Erst die Annahme dieser Aufforderung durch den Assignaten macht sie zum Zahlungsmandat. Es ist daher unrichtig, die Anweisung von vornherein so zu definiren, als sei sie ein Zahlungsmandat, wie doch Mittermaier §. 561 und das Sächs. G. B. §. 1328 thun.

Digitized by Google

Leistung [15]), weshalb die Assignation dazu verwendet wird, um mehrere Leistungen in Einem Acte zu vollziehen; und wenn der Assignatar (wozu er das Recht allerdings hat) zur Entgegennahme der ihm zukommenden Leistung einem Dritten und dieser einem Vierten u. s. w. die Anweisung ertheilt, so ist es klar, daß mit einer einzigen Leistung juristisch eine ganze Reihe von Leistungen vollzogen werden kann.

Die Assignation in ihrer heutigen Ausbildung ist modernen Ursprungs, und hat insbesondere in der kaufmännischen [16]) Anweisung, von welcher übrigens besondere Bestimmungen gelten (§. 1410)[17]), und im heutigen Wechsel den höchsten Grad juristischer Vervollkommnung erlangt. Das römische Recht [18]) behandelt nur einzelne Seiten davon.

II. Wirkung. Die Anweisung begründet einerseits eine Stellvertretung, andererseits eine Vermögenszuwendung; auf dieser Doppelfunction beruhen auch ihre eigenthümlichen Wirkungen.

Als Stellvertreter des Assignanten ist der Assignatar berechtigt, sich vom Assignaten mit eben jener Wirkung leisten zu lassen, als ob dem Assignanten geleistet worden wäre (§. 1424). Im Uebrigen aber ist zu unterscheiden, ob der Gegenstand der Assignation eine Forderung des Assignanten an den Assignaten oder etwas Anderes ist [19]), und unter ersterer ist nicht jede Assignation auf Schuld, sondern nur jene zu verstehen, wo mit bestimmter Hinweisung auf die bestehende Forderung der Assignatar zu deren Geltendmachung ermächtigt wird. [20]) In diesem ersten Falle

---

15) Die Leistung des Assignaten an den Assignatar ist zunächst Leistung an den Assignanten, der durch den Assignatar vertreten wird. Das Behalten des Geleisteten durch den Assignatar ist als weitere an ihn durch den Assignanten (der dabei durch den Assignaten vertreten wird) geschehende Leistung anzusehen. So involvirt die Assignation, der der Assignat beigetreten ist, eine doppelte Repräsentanz: zur Leistung und zur Empfangnahme. Windscheid §. 412 Note 5, 6, 8.

16) Im Gegensatz dazu heißen die übrigen Anweisungen einfache (Brockhaus S. 436).

17) Das Nähere gehört in das Handelsrecht. Ueber den Ursprung des Wechsels und der Anweisung s. Biener wechselr. Abh. S. 162, 390, 393, 441—445.

18) Daß die Anweisung in ihrer dermaligen Ausbildung dem modernen Recht angehört, darüber s. Keller S. 594, Günther S. 327. — Salpius §. 73 (auch 18—20, 76) hingegen meint, daß in der römischen Delegation die heutige Anweisung liege, und daß sich in Deutschland nur darum eine andere Theorie gebildet habe, weil hier der Grundsatz gilt: Anweisung ist keine Zahlung. Der Begriff der Assignation sei als werthlos und unrömisch wieder aus der Wissenschaft zu verbannen, wie er denn auch außerhalb Deutschlands nur in Holland herrschend geworden sei, während er in Italien als identisch mit der römischen Delegation angesehen werde. Vgl. dagegen Witte in der krit. Vjschr. VIII. S. 368 f., Plathner S. 31, bes. aber Windscheid §. 412 Note 17, welcher auch für die röm. Delegation den Satz, daß durch dieselbe die Schuld des Deleganten getilgt werde, bestreitet, und ihr §. 353 Note 9 im Wesentlichen die Bedeutung des heutigen Zahlungsmandates (jedoch ohne dessen heutige Wirkung) beilegt.

19) Diesen wichtigen Unterschied macht Plathner S. 20, 21, und nennt erstere die „Assignation einer Forderung".

20) Plathner a. a. O. Die Assignation einer Forderung wird also z. B. lauten: Zahlen Sie an A jene 100, welche Sie mir schuldig sind, oder: Zahlen Sie an A, was Sie mir schulden.

Digitized by Google

gilt die Assignation zugleich als Klagsermächtigung, und der Assignatar ist berechtigt, die Forderung gegen den Assignaten, mag dieser der Assignation beigetreten sein oder nicht, ebenso wie der Cessionar gegen den Cessus geltend zu machen [21]), und der Assignat haftet ihm daher, wenn er die Leistung ohne Grund verweigert, für die nachtheiligen Folgen (§§. 1408, 1409). Daraus folgt, daß ihm der Assignat auch alle Einwendungen entgegensetzen kann, die er dem Assignanten, wenn dieser als Kläger aufgetreten wäre, hätte entgegenstellen können [22]), daß er aber durch eine dem Assignatar gegenüber ausgesprochene Schuldanerkennung (welche jedoch in der bloßen Acceptation der Anweisung noch nicht nothwendig gelegen ist) [23]), alle diese Einwendungen verliert (§. 1408 mit 1396). [24])

Aus dem Umstande, daß der Assignatar nur Stellvertreter des Assignanten ist, folgt, daß er im Falle der Assignation einer Forderung von einem Cessionar noch immer unterschieden werden muß. [25]) Bei der Cession geht die Forderung in das Vermögen des Cessionars über, bei der Assignation wird der Assignatar nur zu deren Einbringung ermächtigt, und in sein Vermögen nur das seinerzeit zu Leistende als res futura übertragen [26]); das Subject der Forderung bleibt aber fortan der Assignant, woraus folgt, daß dem Assignatar eine Forderung, die der Assignat gegen ihn hat, nicht, wie einem Cessionar, compensando entgegengesetzt werden kann, weil hier die zur Compensation erforderliche Gegenseitigkeit (§. 1438) fehlt [27]); wohl aber kann ihm eine Forderung entgegengesetzt werden, die dem Assignaten gegen den Assignanten zusteht. Nur wenn der Assignat dem Assignatar die Zahlung ohne Vorbehalt zugesichert hätte, macht er sich zum

---

21) Gemeinrechtlich wird aber auch in diesem Falle immer Einwilligung des Assignaten erfordert und daher der bloßen Assignation die Bedeutung einer Proceßvollmacht abgesprochen. Thöl §. 125, 126, Günther S. 331, Holzschuher S. 110, Windscheid §. 343 Nr. 6. Ebenso Sächs. G. B. §. 1329 und selbst Plathner S. 20 mit Hinsicht auf das A. L. R., obwohl dieses I. 16. §. 281 mit dem österr. G. B. übereinzustimmen scheint.

22) Plathner S. 21, 22, Entsch. G. H. 1870 Nr. 36 [= Riehl IV. S. 1727].

23) Ob bei der Assignation einer Forderung die Acceptation des Assignaten als Schuldanerkennung, und somit als Verzichtleistung auf die Einwendungen anzusehen ist, ist quæstio facti, und es hängt dies von der Art dieser Acceptation ab. Plathner S. 23, 24. So wäre z. B. das Versprechen des Assignaten, insoweit zahlen zu wollen, als er dem Assignanten wirklich schuldig ist, sicherlich keine Schuldanerkennung.

24) Uebereinstimmend Thöl §. 125, Günther S. 330, Ellinger ad §. 1406, Zeiller ad §. 1406 Nr. 1, Sächs. G. B. §. 1333, A. L. R. I. 16. §§. 266, 292, regelmäßig mit der Bemerkung, daß jede vorbehaltlose Acceptation als Schuldanerkennung anzusehen ist.

25) Ueber diesen Unterschied vgl. insbes. Plathner S. 25, Günther S. 330—332, Holzschuher S. 110, 111, Thöl §. 124, 126, Sächs. G. B. §. 1338.

26) Plathner, Günther, Holzschuher a. d. aa. OO. Darum wird im Zweifel eher Assignation als Cession vermuthet (Mittermaier §. 561 Nr. III. Holzschuher II. 1, S. 110 mit Berufung auf Bülow und Hagemann Prakt. Erört. VII. S. 95 und Geiger und Glück Rechtsfälle III. S. 147.).

27) Günther S. 331, 332. Im Falle des §. 1019 findet bekanntlich das Gegentheil statt, indem dem daselbst genannten Dritten die Compensationseinwendung wirksam entgegengestellt werden kann.

Digitized by Google

unmittelbaren Schuldner des Letzteren, und begründet damit die zu der erwähnten Compensation erforderliche Gegenseitigkeit, verliert aber dagegen (oben) die ihm gegen den Assignanten zuständig gewesenen Einwendungen.[28])

Der Unterschied zwischen der Assignation und der Cession tritt insbesondere hervor, wenn die Assignation zum Zwecke der Tilgung einer Schuld des Assignanten an den Assignatar erfolgt ist, weil eine solche Assignation, wie weiter unten gezeigt werden wird, nicht, wie die Cession, die Schuld unmittelbar tilgt[29]), und diese daher, nach vergeblicher Aufforderung des Assignaten zur Zahlung, gegen den Assignanten wie vordem geltend gemacht werden kann.[30]) Darum wird im Gesetze (§. 1408) die Assignation einer Forderung der Cession einer Forderung nur im Verhältniß zwischen dem Assignatar und dem Assignaten, nicht auch zwischen dem Assignatar und dem Assignanten gleichgestellt.

Ist Gegenstand der Assignation nicht eine Forderung des Assignanten an den Assignaten, dann ist letzterer, so lange er der Assignation nicht beigetreten ist, zur Leistung nicht verpflichtet, und die Assignation hat nur die Wirkung einer unwiderruflichen Ermächtigung des Assignatars, das vom Assignaten freiwillig Geleistete im Namen des Assignanten in Empfang zu nehmen und zu behalten, sowie eine ihm vom Assignaten gegebene Leistungszusicherung mit eben jenem juristischen Erfolge anzunehmen, als ob sie dem Assignanten unmittelbar gegeben worden wäre (§. 1402).[31]) Hat der Assignat diese Zahlungszusicherung gegeben[32]), (was man technisch „Annahme" oder „Acceptation" der Anweisung zu nennen pflegt; vgl. §§. 1403, 1405, 1406), so entsteht dadurch ein Zahlungsmandat; er kann dann sowohl vom Assignanten als vom Assignatar auf Erfüllung der zugesicherten Leistung geklagt werden (§. 1019), und er haftet für alle Folgen, wenn er mit der Zahlung zögert (§ 1409 a. A.).[33])

28) Sächs. G. B. §. 1333.

29) Die Cession einer Forderung zum Zwecke der Tilgung einer Schuld des Cedenten gegen den Cessionar ist eine datio in solutum; die Assignation geschieht hingegen in gleichem Falle, wie Thöl §. 119 a. E. treffend bemerkt, „zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt"; sie gilt nur „als Versuch, die Zahlung durch Vermittelung des Dritten zu bewerkstelligen"; nach der Natur einer datio in solutum wird aber gemeinrechtlich auch bei der Cession eine stillschweigende bedingte Aufrechthaltung jenes Theiles der Schuld des Cedenten angenommen, welcher trotz aller Diligenz des Cessionars nicht eingebracht werden kann, so daß also die Tilgung durch Cession insofern eine bedingte ist (Thöl §. 120, Arndts §. 222.); die Tilgung durch Assignation ist hingegen eine betagte.

30) Ein weiterer Unterschied zwischen der Cession und der Assignation einer Forderung ist der weiter unten zu behandelnde, daß wohl bei der ersteren, nicht auch bei der letzteren eine Gewährleistung Platz greift.

31) Es folgt das Gesagte aus dem im §. 1402 enthaltenen Satz, daß eine sog. unvollständige Assignation wenigstens „für diejenigen Theile wirksam ist, welche mit einander einverstanden sind".

32) Gleichgiltig, ob dem Assignanten oder Assignatar gegenüber, da letzterer zur Entgegennahme dieser Zahlungszusicherung vom Assignanten ermächtigt ist, weshalb sie beiden gegenüber abzugeben, wie es Stubenrauch III. S. 638 verlangt, höchst überflüssig wäre; der §. 1402 spricht auch nur von einer dreifachen „Einwilligung", d. i. der Einwilligung aller drei Personen.

33) Den Grund der Wirksamkeit des Anweisungsacceptes, welcher (Salpius S. 480) „der bisherigen Theorie ein

Digitized by Google

Das Gesagte gilt auch, wenn einem Assignaten, welcher Schuldner des Assignanten ist, ohne bestimmte Hinweisung auf diese Schuld die Zahlung an den Assignatar aufgetragen wurde[34]); er kann dem Assignatar, sobald er die Assignation angenommen hat, die ihm aus seinem schuldnerischen Verhältniß zum Assignanten zustehenden Einwendungen nicht entgegensetzen.[35])

Aus dem Charakter der Assignation als einer Vermögenszuwendung folgt vor Allem zu Gunsten des Assignatars ein unentziehbarer Anspruch auf dasjenige, was seinerzeit geleistet werden soll, welcher ihm daher auch nicht, wie beim Mandat, durch Widerruf verkümmert werden kann (§§. 1019, 1402, 1404). Lautet daher eine Assignation auf eine Forderung, die dem Assignanten gegen den Assignaten zusteht, so ist der erstere, obwohl noch immer Subject der Forderung, nicht mehr berechtigt, dieselbe zu erheben oder einzuklagen, und der verständigte Assignat bliebe trotz der an den Assignanten geschehenen Zahlung dem Assignatar verantwortlich (§§. 1408, 1019).[36]) Der specielle juristische Zweck, welcher durch die Assignation erreicht werden soll, erscheint jedoch nicht schon mit der Perfection der Assignation, sondern erst mit der erfolgten Leistung des Assignaten verwirklicht. Dies gilt insbesondere auch, wenn der Zweck die Zahlung einer Schuld des Assignanten an den Assignatar ist. Diese ist mit der perfecten Assignation noch nicht beglichen („Anweisung ist keine Zahlung")[37]), sondern

---

vollständiges Räthsel geblieben ist", findet Plathner S. 17 in der „Anwendung der allgemeinen Grundsätze von dem Beitritt eines Dritten zu einem zwischen zwei Personen geschlossenen Vertrag, indem es gleichgiltig sei, ob sich die drei Personen in einem einzigen Vertrage verpflichten oder ob dies durch zwei Acte geschieht. Vom Standpunkte des A. L. R., von welchem Plathner ausgeht, mag dies auch die einzig richtige Erklärung sein; vom Standpunkte des gemeinen wie des österr. R. ist der Erklärungsgrund die Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter. — Hat der Assignat nach ihm zugekommener Contremandirung acceptirt (§. 1402), so haftet er zwar (Plathner S. 18, 19) noch immer dem Assignatar aus dem Accepte, während er gegen den Assignanten keinen Ersatzanspruch hat. Allein hier ist nicht §. 1019, sondern das unmittelbare Vertragsverhältniß der Grund seiner Haftung.

34) D. h. auch ein solcher Assignat kann ohne vorläufige Acceptation auf Zahlung nicht geklagt werden, und darum kann der Trassat eines Wechsels, welcher dem Trassanten eine Summe schuldet, ohne vorläufige Acceptation des Wechsels nicht einmal gemeinrechtlich, geschweige denn wechselrechtlich, auf Zahlung geklagt werden. — Daraus folgt weiter, daß bei einer ganz allgemein (d. i. ohne Bezugnahme auf die Schuld des Assignaten) lautenden Assignation gegen den Assignaten nicht einmal der vom Assignanten nach §. 1014 erhaltene Vorschuß oder Deckung eingeklagt werden kann. Holzschuher S. 111 Note **, Sächs. G. B. §. 1338.

35) Sächs. G. B. §. 1333, A. L. R. I. 16, §. 292, Thöl §. 125, Günther S. 330, Ellinger und Zeiller ad §. 1406.

36) Plathner S. 21. Die Verständigung des Assignatars vom Zahlungsmandate, sowie die Verständigung des Assignaten von der Assignation haben also hier eine ähnliche Wirkung, wie die Verständigung des Cessus von der Cession. Plathner a. a. O. macht darauf aufmerksam, daß der Assignat dem Assignatar wohl die bis zu diesem Momente gegen den Assignanten erwachsenen Einwendungen, nicht aber auch die späteren entgegensetzen kann, z. B. die Einwendung der Verjährung (?).

37) Eisenhart deutsches Recht in Sprichwörtern S. 428, Mittermaier Grundz. §. 561, Holzschuher S. 111, 365, 584, Günther S. 331, Thöl

Digitized by Google

der Assignatar übernimmt damit nur die Verbindlichkeit, seine Befriedigung auf diesem Wege zu versuchen.[38]) Er hat daher die Anweisung, wenn sie vom Assignaten noch nicht angenommen ist, diesem zur Annahme vorzulegen; verweigert letzterer die Annahme, oder kann sie von ihm wegen seiner Abwesenheit nicht erlangt werden, so hat der Assignatar, wie in dem Falle, wenn er selbst die ihm zugekommene Verweisung an den Dritten nicht annehmen will, den Assignanten hievon sogleich zu verständigen; widrigens haftet er ihm für die ihm aus der unterbliebenen sofortigen Verständigung erwachsenen nachtheiligen Folgen (§. 1405)[39]), er kann aber nach wie vor seine Forderung gegen den Assignanten geltend machen. Haben aber der Assignat und der Assignatar die Anweisung angenommen[40]), dann steht es letzterem nicht mehr frei, mit Umgehung des Assignaten seine Forderung gegen den Assignanten zu stellen[41]) (§. 1401), sondern er muß vor Allem zur bestimmten Zeit den Assignaten zur Zahlung auffordern, und erst wenn dieser der zur gehörigen Zeit gestellten Aufforderung nicht nachkommt, erwächst für den Assignatar das Recht, seine ursprüngliche Forderung[42]) gegen den Assignanten zu verfolgen[43]), welcher ihm aber für dieselbe nur unter

---

§. 124, Puchta §. 326 Note cc, Arndts §. 295, Plathner S. 8, 9, Winiwarter V. S. 80, A. L. R. II. 8, §. 1261. Auch Art. 41 W. O. v. 1763 sagt: „Obwohl bloße Anweisungen für wirkliche Zahlungen nicht zu achten sind . . ."

38) So sagt Thöl §. 119 a. E., die Verweisung an den Assignaten gelte nur „als Versuch, die Zahlung durch Vermittlung des Dritten zu bewerkstelligen, also zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt ist verwiesen." Ebenso Plathner S. 9.

39) Er haftet ihm aber dafür auf keinen Fall weiter, als mit dem vom Assignaten zu erhebenden Betrage, also nicht auch, wenn der Assignant wegen unterlassener Verständigung noch sonstige Forderungen gegen den Assignaten einbüßt, denn der Assignatar ist ihm nur rücksichtlich der Ausführung der Assignation verantwortlich. Aber auch diese beschränkte Haftung kann vom Assignanten nicht im Klagswege, sondern nur bei Geltendmachung des Rückgriffsrechtes des Assignatars im Einredewege geltend gemacht werden, es wäre denn mit der Assignation auch ein Mandat verbunden. Vgl. auch Holzschuher S. 586, 587. — Der §. 1405 gilt übrigens nur, wenn der Zweck der Assignation die Tilgung einer Schuld des Assignanten gegen den Assignatar ist (§§. 1400, 1401).

40) Das nachstehend Gesagte gilt offenbar auch, wenn zwar der Assignat die Anweisung nicht angenommen hat, diese Annahme aber zu Folge des §. 1408 überflüssig ist.

41) §. 1401 verfügt, er könne „in der Regel" die Forderung gegen den Assignanten nicht mehr stellen, und beruft sich dabei auf §. 1406 und 1407; nur ersterer enthält eine Ausnahme von dieser Regel, letzterer gehört zur Regel selbst.

42) Nicht also etwa eine Gewährleistungsforderung, wie bei der Cession; vgl. Thöl §§. 119, 124. Mittermaier §. 561 Nr. II. u. A.

43) Er ist aber nicht verpflichtet, den Assignaten auszuklagen. Uebereinstimmend Thöl §. 126, welcher dies als den charakteristischen Unterschied gegenüber der Cession hervorhebt, ferner A. L. R. I. 16. §§. 281—285, Sächs. G. B. §. 1337, Entsch. im Jurist XIX. S. 476, Sammlung I. Nr. 60, 61. Mit Unrecht behaupten daher Winiwarter V. S. 81 und Zeiller ad §. 1406 Nr. 4, der Assignatar müsse den Assignaten vorerst ausklagen, und Stubenrauch III. S. 637, 638, 641 geht sogar soweit, in jeder sog. vollständigen Assignation eine Delegation und damit eine Novation zu erblicken. — Für das österr. Recht liegt der Beweis der richtigen Ansicht in den Worten

Digitized by Google

jenen Beschränkungen haftet, unter welchen der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zu haften hat (§. 1406).[44]) Er wird daher von seiner Schuld insoweit frei, als die Nichtzahlung des Assignaten einem Versehen des Assignatars beigemessen werden kann, wie z. B. wenn dieser dem Assignaten Zahlungszufristungen gewährt, wenn er die mögliche Sicherheit rechtzeitig sich zu verschaffen versäumt, wenn er im Falle, daß er den Assignaten klagt (wozu er nur berechtigt, nicht verpflichtet ist) weder über die erhobenen Einwendungen (nach §. 931) dem Assignanten den Streit verkündet, noch den Proceß oder die Execution mit der gehörigen Diligenz führt (§. 1406 mit §. 1399).[45]) Hingegen kann dem rückgreifenden Assignatar nicht, wie einem Cessionar, entgegengesetzt werden, daß er den Assignaten nur zur Zahlung aufgefordert, nicht aber ausgeklagt habe; denn das Gesetz räumt ihm das Rückgriffsrecht schon bei vergeblicher Aufforderung ein (§. 1406); ebensowenig kann ihm, wie dies bei dem Cessionar der Fall ist, eingewendet werden, daß er sich über die Einbringlichkeit hätte aus den öffentlichen Pfandbüchern belehren können, oder daß die Forderung gegen den Assignaten erst nach perfecter Assignation durch Zufall uneinbringlich wurde (§. 1398); denn dies würde voraussetzen, daß die Forderung in das Vermögen des Assignatars übergegangen sei, was bei einer bloßen Assignation nicht der Fall ist.[46])

Jedes Rückgriffsrecht entfällt jedoch, wenn bei der sog. vollständigen Assignation[47]) der Assignatar den Assignanten seiner Haftung entweder ausdrücklich oder stillschweigend (§§. 1426, 1428) durch Quittirung oder Rück-

---

des §. 1406: „leistet aber die Zahlung nicht zur gehörigen Zeit" — und es hat also der Assignatar im Wesentlichen die gleiche Vorbedingung, wie der Gläubiger gegen einen Bürgen (§. 1355) zu erfüllen. Augenscheinlich diente hier das A. L. R. als Vorbild.

44) Die Worte „Richtigkeit und Einbringlichkeit" beziehen sich nur auf die Cession, nicht auf die Assignation, und es werden beide nur rücksichtlich der Versehen, deren sich der Assignatar schuldig machen kann, und die dann für ihn ähnliche Wirkungen, wie für den Cessionar erzeugen, gleichgestellt.

45) Aus dem Satze, daß der Assignatar, welcher beim Processe nicht die gehörige Diligenz entwickelt, seinen Anspruch gegen den Assignanten verliert, darf nicht gefolgert werden, daß er überhaupt Proceß führen *muß*; auch das A. L. R. §§. 286, 289, 290 führt dieses und die übrigen Versehen unter Androhung der gleichen nachtheiligen Folgen an, bestimmt aber dennoch (§. 283), daß wenn der Assignat „die Zahlung nicht binnen der bestimmten Frist leistet", der Assignatar „die Wahl hat, ob er sogleich auf den Anweisenden zurückgehn oder sich an den Assignaten aus der geschehenen Annahme halten wolle." Es ist also der Assignatar, welcher den Proceß schlecht führt, schlimmer daran, als jener, der ihn gar nicht führt. Vgl. auch Sächs. G. B. §. 1337.

46) Dies anerkennt §. 1406, indem er wohl die §§. 1397 und 1399, nicht auch den §. 1398 citirt. Die österr. Commentatoren erklären diese Auslassung mit Unrecht für ein Redactionsversehen.

47) Es ist also auch die Zustimmung des Assignaten erforderlich (obwohl dies §. 1407 nicht ausdrücklich erwähnt), weil einerseits §. 1407 eine Fortsetzung des §. 1406 bildet, und andererseits §. 1345, der offenbar diesen Fall im Auge hat, dies ausdrücklich fordert. So auch A. L. R. I. 16. §. 264, Cod. civ. art. 1275. Mit Unrecht nimmt Stubenrauch III. S. 637, 638 auch ohne Zustimmung des Assignaten eine Delegation an.

Digitized by Google

stellung des Schuldscheins entlassen hat[48]), weil in einer solchen Handlung eine Novation der älteren Forderung (eine Delegation im engeren Sinne)[49]) liegt (§. 1407).

Eine weitere Wirkung der Assignation ist die Berechtigung des Assignatars, die ihm aus der Anweisung zustehenden Rechte, wenn sie nicht höchst persönliche sind[50]), an einen Andern zu übertragen; es steht dem nicht entgegen, daß die Eigenschaft des Repräsentanten ohne Zustimmung des Repräsentirten nicht übertragen werden kann, indem der Assignatar als ausschließlich Empfangsberechtigter durch diese Uebertragung nicht für den Assignanten, sondern für sich selbst einen Repräsentanten bestellt.[51]) Diese Uebertragung ist daher niemals eine Cession, sondern eine neuerliche Assignation[52]), weil der Assignatar nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Daß der neuerliche Assignatar wieder weiter übertragen kann, versteht sich von selbst. Die Uebertragung geschieht regelmäßig durch die Aushändigung der Assignationsurkunde an den neuerlichen Assignatar mit einer die Uebertragung ausdrückenden Beurkundung auf derselben, welche jedoch mit dem Indossament nicht zu verwechseln ist.[53]) Auf jeden Assignatar geht das seinen Vormännern etwa zustehend gewesene Klagerecht über; dagegen stehen ihm aber auch alle Einwendungen entgegen, die einem oder dem andern seiner Vormänner entgegenstanden.[54])

Nach erfolgter Leistung des Assignaten an den Assignatar hat die Assignation die Wirkung, daß der Assignant als der Leistende erscheint, und daß nunmehr der specielle juristische Zweck, den er mit der Assignation verfolgt, als: Schuldzahlung, Schenkung, Darlehen, Einräumung des Gebrauchs oder des Pfandrechts u. s. w. verwirklicht erscheint.[55]) Der Assig-

---

48) Vgl. A. L. R. I. 16. §§. 262—267, welches jedoch nur, wenn der Assignat zustimmt, den Assignanten jeder Haftung gegenüber dem Assignatar enthebt, sonst ihn aber wie einen Cedenten gegenüber dem Cessionar haften läßt.

49) Ellinger und Zeiller ad §. 1407, Cod. civ. art. 1275, A. L. R. I. 16, §. 264. Der quellenmäßige Ausdruck delegatio hat einen weiteren Sinn, und hat im Grunde mit der Novation nichts zu thun. Windscheid §. 353 Note 9.

50) Wie z. B. die Anweisung eines Fruchtgenusses, eines Commodates oder einer Unterstützung nach §. 955.

51) Dieser Act ist also keine sog. Substitution; der Substitut ist nicht Repräsentant des Substituenten, sondern desjenigen, welchen der Substituent repräsentirt. Bei der Uebertragung der Assignationsrechte ist es umgekehrt; der Subassignatar ist Repräsentant des ersten Assignatars, nicht des Assignanten. Uebereinstimmend Günther S. 330. Hieraus erklärt sich der weiter unten ausgeführte Satz, daß im Falle wiederholter Assignation die Zahlung an den letzten Assignatar nicht bloß als Zahlung an den ersten Assignanten, sondern zugleich als Zahlung an jeden der Zwischenassignanten erscheint. Anders bei der sog. Substituirung.

52) Thöl §. 124, Günther S. 330; mit Unrecht spricht Holzschuher S. 585, 586 (s. auch S. 110) von einem Cessionsverhältniß.

53) Die Indossirbarkeit ist das charakteristische Merkmal der kaufmännischen Anweisung. H. G. B. Art. 301, Brockhaus S. 437.

54) Ganz anders, wenn die Uebertragung durch Indossament erfolgt. Art. 82 W. O., Art. 303 H. G. B.

55) Keller S. 595, Windscheid §. 412 lit. a., Plathner S. 27, A. L. R. I. 16. §§. 298, 299, Sächs. G. B. §. 1336, welche sagen, daß dann zwischen dem

Digitized by Google

nant (nicht der Assignat) erscheint also auch zur Rückforderung berechtigt, wenn die Leistung entweder schon ihrer Natur nach eine solche begründet (wie z. B. beim Darlehen, beim Commodat), oder wenn sie anfechtbar ist (wie z. B. bei irriger Zahlung einer Nichtschuld, bei nachträglich eingetretener Widerruflichkeit der Schenkung, bei wucherischer Zahlung u. s. w.).[56]) Da aber der Assignatar nur Repräsentant des Assignanten ist, so gilt die Leistung an den Assignatar zugleich als Leistung an den Assignanten, so daß also mit der einen assignationsmäßigen Leistung immer wenigstens zwei verschiedene Leistungen von verschiedener Bedeutung und verschiedener Rechtswirkung vollzogen erscheinen. Hat der Assignatar durch eine neuerliche Assignation sein Recht weiter übertragen, dann gilt die Leistung an den neuerlichen Assignatar zugleich als Leistung an den ersten Assignatar und damit zugleich als Leistung an den ersten Assignanten, und es ist daher ersichtlich, daß bei wiederholten Assignationen mit der einen Leistung juristisch eine ganze Reihe von Leistungen vollzogen wird.[57]) Deshalb werden die Assignationen sammt ihren modernen Wandlungen, den Wechseln, insbesondere im kaufmännischen Verkehre dazu benutzt, um auf die leichteste und bequemste Art mit einer einzigen Zahlung eine ganze Reihe der verschiedensten Zahlungen zu bewirken.

Eine eventuelle Wirkung der assignationsmäßigen Leistung ist ferner die Gewährleistung, wenn nämlich die Assignation entgeltlich ertheilt wurde und das vom Assignaten Geleistete mit vorher unbekannt gewesenen Mängeln behaftet ist. Der Gewährleistungsanspruch geht gegen den Assignanten,[58]) nicht gegen den Assignaten, weil juristisch nur der erstere als Leistender, der letztere nur als dessen Vermittler erscheint. Vor geschehener Leistung begründet die Assignation niemals eine Gewährleistung, weil sie nicht die unmittelbare Ueberlassung eines Rechtes, sondern nur die Begründung einer Anwartschaft auf dasselbe ist.[59]) Dies gilt denn auch für die

---

Assignanten und dem Assignatar die Wirkungen des besonderen durch die Assignation beabsichtigten Geschäftes eintreten.

56) Uebereinstimmend Windscheid §. 412 lit. a., welcher sagt, daß „die Ungiltigkeit oder Rückforderbarkeit der Leistung bloß zwischen den Subjecten der Leistung . . . wirkt, wogegen sie auf das Verhältniß zwischen dem zur Vollziehung und dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten ohne Einfluß ist".

57) Keller S. 595.

58) Und zwar bei wiederholter Assignation nur gegen den unmittelbar vorhergehenden Assignanten. Wesentlich verschieden von diesem Gewährleistungsanspruch ist das wechselrechtliche Regreßrecht.

59) Die Gewährleistung setzt wesentlich die entgeltliche Uebernahme einer Sache oder eines Rechtes voraus, die mit Mängeln behaftet sind; bei der Anweisung soll aber die Sache oder das Recht erst mit der erfolgten Leistung des Assignaten übernommen werden; vorher kann also von einer Gewährleistung keine Rede sein. Darum wurde auch (G. H. 1870 Nr. 12) entschieden, daß der Assignatar, wenn der Assignat die Anweisung nicht annimmt, kein Regreßrecht gegen den Assignanten hat. So auch Brockhaus S. 436; doch behauptet er, es bestehe bei kaufmännischen Anweisungen die Verantwortlichkeit des Assignanten für die pünktliche Einlösung, die in dem stillschweigenden Versprechen des letzteren beruhe, er werde, falls der Assignat nicht

Digitized by Google

Assignation einer Forderung, welche sich also auch hierin von der Cession einer Forderung unterscheidet, da die letztere, wenn entgeltlich geschehen, sofort die Gewährleistung begründet (§. 1397). Es hat daher der Assignatar, welchem eine Anweisung entgeltlich ertheilt wurde, bei (ohne sein Verschulden) unterbliebener Leistung des Assignaten gegen den Assignanten nur eine condictio ob causam datorum,[60]) und wäre die Anweisung zum Zwecke der Tilgung einer Schuld des Assignanten an den Assignatar erfolgt, die Klage zur Geltendmachung dieser Schuld (§§. 1401, 1406). Selbst wenn die Assignation in eine Delegation überging (§. 1407), greift eine Gewährleistung nicht Platz, weil die vorbehaltlose Entlassung des früheren Schuldners die Erklärung involvirt, daß der Gläubiger den neuen Schuldner auf seine Gefahr übernehme.[61])

Endlich ist noch das Rechtsverhältniß zwischen dem Assignanten und Assignaten in Betracht zu ziehen. Bei der Assignation einer Forderung hat der Assignat, mag er der Assignation beigetreten sein oder nicht, dem Auftrage bei sonstiger Haftung für die Folgen ohne weiteres nachzukommen (§§. 1408, 1409).[62]) In anderen Fällen aber hat er demselben nur nachzukommen, wenn er ihn angenommen hat, und es hängt von seinem Belieben ab, ihn anzunehmen oder nicht; nimmt er ihn nicht an, so bleibt der Auftrag fruchtlos; nimmt er ihn an, so entsteht ein Mandatsverhältniß, welches, so lange nicht auch der Assignatar beigetreten oder wenigstens (nach §. 1019) davon verständigt worden ist, beliebig widerruflich ist (§§. 1403, 1404).[63]) Hingegen kann es vom Assignaten nicht immer beliebig aufgekündigt werden[64]), und der Assignant kann ihn daher regelmäßig zur versprochenen Leistung an den Assignatar verhalten. Hat er diese Leistung vollzogen, so bringt er sie dem Assignanten, wie ein anderer Mandatar (§. 1014), in Rechnung[65]), und hat daher gegen ihn, wenn er ihm nichts oder weniger, als er dem Assignatar geleistet hat, schuldete, den Anspruch auf Ersatz (§. 1409). Sollte er irrthümlich mehr geleistet haben, als er zu leisten beauftragt war, so hat er, wenn der Assignatar zur Empfangnahme dieser Mehrleistung ermächtigt war, ebenfalls nur gegen den Assignanten, und nicht gegen den Assignatar, den Ersatzanspruch (§§. 1017, 1431).[66])

---

zahlt, selbst die Zahlung leisten. Dies und die regelmäßige Indossirbarkeit bilden die auszeichnenden Merkmale der kaufmännischen Anweisung (S. 436, 437).

60) Wurde z. B. eine Assignation gekauft, so kann der Assignatar, wenn der Assignat nicht zahlt, das Kaufgeld nicht mit der Gewährleistungsklage, sondern nur mit der erwähnten Bereicherungsklage zurückverlangen.

61) Zeiller ad §. 1407 Nr. 2 und 4, A. L. R. I. 16, §§. 265, 267, Sächs. G. B. §. 1337, Cod. civ. Art. 1276.

62) Und er kann darauf nicht nur vom Assignatar, sondern auch vom Assignanten geklagt werden; gemeinrechtlich freilich von beiden nur nach erfolgter Annahme. Günther S. 330.

63) Vgl. Sächs. G. B. §. 1330. Der Assignatar kann so lange beitreten, als der Widerruf nicht erfolgt ist: Entsch. G. H. 1869 Nr. 98 [= Sammlung VII. Nr. 3537].

64) Wenigstens dann nicht, wenn die Stellvertretung und die eingegangene Verbindlichkeit zur Leistung so enge mit einander verknüpft sind, daß die eine ohne die andere nicht aufgehoben werden kann.

65) Plathner S. 7.

66) Holzschuher S. 507, 588 mit Berufung auf Kosegarten im Arch. f.

Digitized by Google

III. Erlöschung. Die ordnungsmäßige Beendigungsart des Assignationsverhältnisses ist die Leistung des Assignaten; außerdem erreicht dasselbe sein Ende, wenn der Assignant dem Assignatar direct leistet.

Die Erlöschungsarten des Mandates gelten nur theilweise für die Assignation. So bildet der Widerruf keine Erlöschungsart derselben (§§. 1402, 1404), weil die in der Assignation begriffene Vermögenszuwendung ein erworbenes Recht des Assignatars bildet, das ihm einseitig nicht mehr benommen werden kann.[67]) Die Aufkündigung von Seiten des Assignatars, als Verzichtleistung auf sein Recht, steht ihm zwar im Allgemeinen frei, ist aber, wenn der Zweck der Assignation die Tilgung einer Schuld des Assignanten an den Assignatar ist, an die Beschränkungen der §§. 1406, 1407 gebunden.[68]) Der Tod des Assignanten oder des Assignatars ist nur dann eine Erlöschungsart der Assignation, wenn die Leistung lediglich einem höchst persönlichen zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse (z. B. der Bestellung eines Fruchtgenusses, eines Commodates, einer schenkungsweisen Alimentation) dienen soll.[69]) Hingegen zerstört die Concurseröffnung über das Vermögen des Assignanten in der Regel jedes Assignationsverhältniß, weil die Leistung des Assignaten auf Rechnung des Assignanten geschieht, dieser aber nach ausgebrochenem Concurse aus seinem Vermögen nichts mehr leisten darf (§. 3 C. O.).[70]) Nur wenn das Vermögen, auf dessen Rechnung die Leistung geschehen soll, bereits vor ausgebrochenem Concurs von dem Assignanten an den Assignaten übergegangen wäre, hätte der Concurs des ersteren auf den Fortbestand der Assignation

---

Handelsrecht II. Nr. 23. Er gibt folgenden Fall: A gibt dem B den Auftrag, den Saldo, welcher ihm aus den bei letzterem lagernden Waaren noch zu Guten kommt, an C auszubezahlen. In Folge dessen zahlt B an C 10000 Rubel aus, welche C wirklich an A zu fordern hatte. Hinterher fand B, daß er, durch eine Irrung seines Buchhalters verleitet, den Saldo, welchen A bei ihm gut hatte, viel zu hoch angeschlagen habe, vielmehr dem A nur 4000 Rubel gut kämen, und belangte den C auf Rückzahlung von 6000 Rubeln. Holzschuher ist für die Abweisung, weil C nur im Namen des A erhielt und die Klage daher nur gegen diesen statthabe. Ebenso nach österr. R., aber nicht etwa wegen §. 1409 (welcher eine „in gehöriger Art" d. i. in Gemäßheit des erhaltenen Auftrags geleistete Zahlung vorausgesetzt), sondern weil C nur als Repräsentant des A die Zahlung erhielt, und daher (§. 1017) der Klage des Dritten nicht ausgesetzt ist; auch erscheint hier nur A, nicht C mit dem Schaden des B bereichert. — Wäre C zur Empfangnahme jener 10000 Rubel im Namen des A nicht ermächtigt gewesen, dann wäre die Rückforderungsklage freilich nur gegen C zu richten.

67) Sächs. G. B. §. 1331, Thöl §. 119, Günther S. 329, Heimbach im Rechtslex. VII. S. 29, 37, Plathner S. 11.

68) So im Wesentlichen auch Plathner S. 11, 12.

69) Vgl. Heimbach S. 29. A. M. Thöl S. 472 Note 1 und zum Theil Günther S. 334, welcher letztere nämlich nur kaufmännische Anweisungen auch nach dem Tode fortdauern läßt (vgl. Art. 297 H. G. B.). — Auch ein Creditbrief verliert durch den Tod seine Wirkung.

70) Ebenso Günther S. 327, 328.

Digitized by Google

keinen Einfluß, weil sich widrigens der Assignat mit fremdem Schaden bereichern würde.[71]) Der Concurs über das Vermögen des Assignatars läßt das Assignationsverhältniß unberührt.[72])

§. 138. Rechtliche Natur der widerrechtlichen Handlungen.[1])

Neben den Rechtsgeschäften stehen als eine hervorragende Gattung juristischer Handlungen die widerrechtlichen d. i. diejenigen, wodurch schuldbarer Weise Jemanden ein Schade zugefügt wird; sie erzeugen nämlich die Verbindlichkeit zur Ersatzleistung. Man nennt sie gewöhnlich auch unerlaubte Handlungen[2]), ein Ausdruck, der sich aber aus dem Grunde weniger empfiehlt, weil die widerrechtliche Handlung, wie dies bei den sog. Schuldverletzungen der Fall ist, an sich erlaubt sein kann, dabei aber, gegenüber dem bestimmten Berechtigten, sich als Rechtsverletzung darstellt.[3])

---

71) Freilich ist in diesem Falle nicht eine eigentliche Assignation, sondern nur ein Zahlungsmandat vorhanden, da die erstere eine Leistung bezielt, worin der Assignatar den Assignanten repräsentiren kann, während es sich hier um eine Leistung handelt, die verabredetermaßen gar nicht an den Assignanten geschehen soll, und bezüglich welcher derselbe daher auch ein Repräsentationsverhältniß gar nicht schaffen kann. Wenn z. B. A sein Gut seinem Sohne B mit dem Auftrage übergibt, den Geschwistern daraus ihr Erbgeld auszuzahlen, und letztere insofern an den Gutsübernehmer anweist, so liegt darin keine eigentliche Anweisung, weil A das Erbgeld zu beziehen nicht berechtigt ist, und daher auch nicht Dritte zu dessen Bezug ermächtigen kann.

72) Warum sollte z. B. das Assignationsverhältniß aufhören, wenn A den B, um ihn zu beschenken, ermächtigt, sich auf dessen Rechnung bei C 100 zu holen, und B, bevor er dies thut, in Concurs verfällt?

1) Vgl. Unger II. S. 228—247, Keller §§. 240, 249—251, 255—258, Arndts §§. 84—86, 206, 243, Puchta §§. 224—226, 261, 264—267, Vangerow III. §. 571, Holzschuher II. 2 S. 72—89, Mommsen Beitr. z. Obl. R. II. (1855); Scheidlein Miscellen IV. (1821), Zugschwerdt das Recht des Schadenersatzes und der Genugthuung (1837). Weitere Lit. bei Unger in Haimerl's Vtljschr. XIV. S. 113. Vgl. auch Esmarch G. Z. 1857 Nr. 6 und Stubenrauch III. S. 509. Ueber die Einreihung der Lehre an dieser Stelle s. Windscheid §. 101 Note 5, 14, §. 257 Note 6; vgl. auch Dernburg Preuß. Pr. R. §§. 119—21, Baron §. 41.

2) Vgl. z. B. Preuß. L. R. I. 6, Unger, Puchta, Arndts, welch' letzterer jedoch (§§. 84, 85) auch von widerrechtlichen Handlungen spricht, wie §. 1294 b. G. B. und Vangerow III. §. 571 A. 3.

3) Vgl. z. B. sofort §§. 367, 430 b. G. B. Für den Terminus „unerlaubte" Handlung läßt sich dagegen anführen, daß es Handlungen gibt, die zunächst nicht dem Rechte, wohl aber der Moral widersprechen, und gleichfalls zum Schadenersatz verpflichten, wenn sie beschädigend wirken, ohne daß sich der Handelnde auf die Regel des §. 1305 berufen könnte. So könnte man verstehen §. 1300 (böswilliger Rath), so die Haftung für den aus einer Lüge (z. B. ein Geschäftsmann habe seine Zahlungen eingestellt) erwachsenden Schaden. Allein in Wahrheit liegen in beiden Fällen Delicte (Betrug, Ehrverletzung) vor. Daß das Zuwiderhandeln gegen einen nur der Moral, nicht auch dem Rechte angehörigen Satz keine Ersatzpflicht erzeugt, ersieht man z. B. daraus, daß eine weder unter das Strafgesetz, noch unter §. 1328 fallende Entehrung einer Frauensperson nicht zum Ersatze verpflichtet (Stubenrauch III. S. 554). „Widerrechtlich" ist übrigens = dem Rechte widersprechend, rechtlich unzulässig oder unerlaubt (§. 878).

Digitized by Google

Widerrechtliche Handlungen sind juristische Thatsachen von allgemeiner Natur, da sie ebenso als Verletzungen dinglicher, wie persönlicher und anderer Privatrechte auftreten können. Hier soll das denselben Gemeinsame behandelt werden.

Die wesentlichen Erfordernisse einer widerrechtlichen Handlung sind: 1) Fremder Schade, 2) Herbeiführung desselben durch das Zuwiderhandeln gegen das objective Recht, 3) Willkührlichkeit der Handlung oder Verschulden.[4]) Alle diese Erfordernisse sind des Näheren zu besprechen,

1) Fremder Schade. Man versteht darunter im Allgemeinen jede Benachtheiligung eines Dritten am Vermögen, an der Person oder an zum Vermögen nicht gehörigen Rechten (§. 1293), und es ist also Schade nicht nur, wie gewöhnlich angenommen wird, die Verletzung des Vermögens oder dessen Verminderung um einen gegenwärtigen oder künftigen Bestandtheil, sondern auch die Verletzung der Person an Leib, Freiheit oder Ehre, sowie die Vereitlung eines unschätzbaren, also nicht in das Vermögen fallenden Rechtes z. B. auf eine lediglich eine persönliche Befriedigung gewährende Leistung[5]), da auch in diesen Fällen, wenn die übrigen Erfordernisse widerrechtlicher Handlungen vorliegen, die für solche gegebenen Bestimmungen gelten. Allerdings aber muß constatirt werden, daß, wenn die primäre Wirkung der widerrechtlichen Handlung, die Verpflichtung zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes, unerfüllbar ist, die subsidiäre, die Verpflichtung zur Leistung des Schätzungswerthes, nur bei Beschädigung des Vermögens Platz greift, so daß z. B. die verletzte Ehre nicht zu Geld veranschlagt werden kann, wenn die Wiederherstellung des guten Rufes nicht mehr möglich ist. Eine Ausnahme bildet jedoch die Beschädigung durch körperliche Verletzung, in welchem Falle nach einem aus dem deutschen Rechte herübergenommenen Billigkeitsgrundsatze als Aequivalent für die erlittenen Schmerzen ein sog. Schmerzengeld verlangt werden kann (§. 1325).

Der am Vermögen zugefügte Schade besteht entweder in der Verminderung des Vermögens um einen gegenwärtigen Bestandtheil, in welchem Falle er positiver Schade (damnum emergens) oder Schade im engern Sinne genannt wird, oder in der Vereitlung eines erst zu erwartenden Gewinnes, wo er dann negativer Schade oder Gewinnstentgang (lucrum cessans s. interceptum) heißt (§. 1293). Damit letzterer in Betracht komme, muß er nicht nur ein möglicher, sondern auch so geartet sein, daß er nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten ist (§. 1293)[6]), was aber nur dann gesagt werden kann, wenn nicht nur der Gewinn an sich, sondern auch das bestimmte Quantum erwartet werden kann. Darum ist ein rechtlich zu berücksichtigender Gewinnstentgang wohl

4) Die Gesetze heben zuweilen alle diese Momente, zuweilen nur einige derselben hervor, auch wo alle als vorhanden zu denken sind; vgl. einerseits kais. V. 12. März 1859 (R. G. B. Nr. 46) §. 1, andererseits §§. 248, 1294, 1295 b. G. B. — J. N. über die Ersatzpflicht der Eisenbahnen (s. Damianitsch Literatur S. 216), Mommsen II. S. 138, Arndts §. 84.

5) Z. B. Jemand wird verhindert, einer Unterhaltung beizuwohnen.

6) Bangerow III. S. 44 f., Keller §. 255.

Digitized by Google

vorhanden, wenn durch dolose Unterdrückung eines Testamentes das Erbrecht des darin Bedachten unmöglich gemacht worden ist, nicht aber auch, wenn durch das Zerreißen der ausgespannten Fischnetze der Fischfang vereitelt worden wäre[7]); darum gebührt wegen verzögerter Bezahlung einer Geldschuld nicht der Ersatz des Gewinnes, welchen der Gläubiger als Kaufmann durch Speculationen mittlerweile gemacht hätte, und es ist daher eine Begünstigung, daß er wenigstens Verzugszinsen fordern kann.[8]) Um jedoch den Ersatz des Gewinnstentganges in Fällen zu verschaffen, wo er wegen Unerweisbarkeit des Quantums undurchsetzbar wäre, hat das Gesetz in einigen schwierigen Fällen durch Aufstellung eines Tarifs[9]) oder durch Ueberlassung der Bestimmung des Schadensbetrages in das billige Ermessen des Richters[10]) abgeholfen, und bei doloser Beschädigung dem Beschädigten, vorbehaltlich richterlicher Mäßigung, das Recht der Bewerthung des Schadens und des nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwartenden (entgangenen) Gewinnes durch den sog. Schätzungseid (juramentum in litem) eingeräumt (§§. 214—216 A. G. O.).[11])

Der Betrag des Schadens an fremdem Vermögen muß, wo Rückversetzung in die vorige Lage nicht möglich ist, in Geld geschätzt werden, indem bei der Frage, ob das Vermögen vermindert wurde und sonach Schaden vorhanden ist, lediglich die Differenz des Geldwerthes, nicht des Gebrauchswerthes maßgebend ist (§. 304).[12]) Der Schadensbetrag wird häufig das Interesse (id quod interest, hoc esse vel non esse factum, vgl. §. 912 b. G. B., §. 215 A. G. O.) genannt.[13])

---

7) Mommsen II. S. 190 Note 29 und S. 257.

8) L. 19. D. de peric. 18. 6, Vangerow III. §. 571 S. 45 ff., Mommsen II. S. 185. Gehört es hieher, daß auf Grund der Entehrung einer Weibsperson kein Ersatz wegen vereitelter Aussicht auf Verehelichung gefordert werden kann? Entsch. G. H. 1867 Nr. 73, 1869 Nr. 12 [= Sammlung VI. Nr. 2716, 3199]. Vgl. noch Entsch. G. Z. 1871 Nr. 72 [= Sammlung IX. Nr. 4166], wo dem am Auge Verletzten der Anspruch auf Ersatz des künftigen Verdienstentgangs abgesprochen wurde, weil sich im Voraus (der Verletzte war ein Knabe) der Erwerbsentgang noch nicht beurtheilen lasse.

9) So bei Waldbeschädigungen; Forstgesetz v. 3. Dezember 1852 §. 73; s. auch die folgende Note.

10) So bei Verletzung des Urheberrechtes (Pat. v. 19. Oct. 1846 §. 27, wo aber für einen bestimmten Fall auch ein Tarif festgesetzt ist), ferner beim unbefugten Gebrauch einer Firma; H. G. B. Art. 27.

11) Die A. G. O. scheint die Beschwörung des Gewinnstentganges durch den Schätzungseid bei dolosen Beschädigungen (und auch das röm. R. läßt diesen Eid nur bei dolus und lata culpa zu — Mommsen Beitr. II. S. 260 f.) ohne weitere Beschränkung zuzulassen; in Gemäßheit der späteren, also derogirenden Bestimmung des §. 1293 b. G. B. kann aber offenbar nur jener Betrag beschworen werden, der „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge" wohl erwartet werden kann.

12) Wenn Jemand z. B. das noch unreife Getreide des Nachbars abmäht, so hat er zwar nicht dessen Gebrauchswerth, wohl aber dessen Geldwerth vermindert und ist daher ersatzpflichtig. Uebrigens liegt hier nicht bloßer Gewinnstentgang, sondern positiver Schaden vor.

13) Ueber den Unterschied von Interesse und ähnlichen Objecten von Obligationen s. Mommsen II. §§. 3, 4; vgl. auch Windscheid §. 257, Buchta §. 225, Arndts §. 206, Holzschuher II. 2 S. 72, Keller §. 255.

Digitized by Google

2) Herbeiführung des Schadens durch eine rechtswidrige Handlung. Hierin liegen wieder zwei Momente: a) der Causalnexus zwischen der Handlung und dem Schaden und b) die Rechtswidrigkeit des letzteren.

Betreffend den Causalnexus[14]) ist hervorzuheben, daß der Schade nicht nur durch Handlungen einer Person, sondern auch durch andere Thatsachen, durch sog. Zufall (casus) verursacht werden kann (§. 1294), und ein solcher Schade ist natürlich von Niemandem zu ersetzen (casus a nemine praestantur). Diesen negativen Satz kleidet das G. B., der älteren Doctrin folgend, in eine mitunter irreführende[15]) positive Form, indem es sagt, den zufälligen Schaden trage derjenige, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat (casus nocet domino, §. 1311). Als zufällig gelten nach österreichischem Recht auch Beschädigungen durch Thiere[16]), wenn nicht zugleich einer Person ein Verschulden zur Last fällt, und es sind somit die römischen Grundsätze von der noxa in das österreichische Recht nicht übergegangen (§. 1320).[17]) Würde hingegen der Schade durch die Handlung einer Person verursacht, dann ist es gleichgiltig, ob er die unmittelbare oder mittelbare Folge der Handlung war; genug, daß zwischen beiden ein erweislicher Causalnexus besteht.[18]) Darum haftet man sogar für den Schaden, der zunächst aus einem Zufall entstand, wenn der Zufall von der Art ist, daß er sich ohne die bestimmte rechtswidrige Handlung nicht ereignet hätte.[19]) Hieher gehören insbesondere jene zufälligen Beschädigungen, welche dadurch möglich wurden, daß Jemand ein Gesetz, das zufällige Beschädigungen zu verhüten sucht, z. B. die Bestimmung betreffend die Aufstellung von Warnungszeichen bei einem Bau oder einer Dachreparatur übertreten hat, oder daß sich Jemand gegen das gesetzliche Verbot (§. 1035) ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt hat (§. 1311). Ob der Zufall hätte vorhergesehen werden können oder nicht, ist gleichgiltig, da das Gesetz nicht unterscheidet, und es haftet also auch derjenige für die Folgen der Tödtung, welcher den Getödteten nur verwundet hat, während der Tod durch die Ungeschicklichkeit des behandelnden Arztes verschuldet wurde.[20]) Darauf beruhen auch die Bestimmungen der §§. 338, 965, 979, 1010, 1161

14) Mommsen Beitr. II. §§. 15—18.

15) Näheres im speciellen Theil. Hier sei nur auf das von Zeiller gegebene (unrichtig entschiedene) Beispiel hingewiesen, wonach, wenn Jemand ohnmächtig zusammenstürzend, hiedurch eine fremde Sache zerschlägt, er den Schaden ersetzen muß.

16) Eine Ausnahme enthalten die §§. 1321, 1322; eine andere bildet die Haftung für den Wildschaden (§. 383, Vdg. v. 28. Febr. 1786 §. 15) und die Haftung für den durch wüthende Hunde (Hfkzld. v. 11. Jänner 1816) und Remonten (Hfkzld. v. 26. Juni 1843) angerichteten Schaden.

17) Ueber römisches und deutsches Recht s. Arndts §. 327, Gerber §§. 70, 71, 220.

18) Unger II. §. 100 Nr. 1 und in Haimerl's V. J. Schr. XIV. S. 115, A. 7.

19) So haftet der Verwahrer, der die Rückstellung der Sache verzögert hat, falls diese zu Grunde ging oder beschädigt wurde, wofern der Schade sich bei rechtzeitiger Zurückstellung nicht ereignet hätte. §. 965.

20) Mommsen S. 162.

Digitized by Google

(insbesondere die Grundsätze betreffend die Haftung für die Folgen der Mora). Nach dem Grundsatze, daß man für alle Folgen der rechtswidrigen Handlung haftet, ist man nicht nur demjenigen, den man unmittelbar beschädigt hat, sondern auch demjenigen ersatzpflichtig, der durch den Schaden des zunächst Beschädigten mittelbar leidet, wie z. B. den Familiengliedern des durch körperliche Verletzung erwerbsunfähig Gewordenen, der Brandschadenversicherungsanstalt, die dem durch Brandlegung unmittelbar Beschädigten die Versicherungssumme bezahlen muß.[21]) Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt aber offenbar bei bloßen Verletzungen obligatorischer Verhältnisse, wo man nur den Gläubiger, nicht auch Dritte, durch die Verletzung mittelbar Betroffene, entschädigen muß, da die Obligation nur ein Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner begründet.[22]) Eine weitere Ausnahme von der Regel, daß man für alle Folgen der schuldbaren Handlung haftet, besteht auch dann, wenn der Beschädigte ebenfalls an seinem Schaden die Schuld trägt[23]); hier wird dem schuldbar Handelnden nur der verhältnißmäßige Theil der Beschädigung, und wenn sich das Verhältniß nicht ermitteln läßt, nur die Hälfte derselben imputirt (§. 1304). Endlich muß bemerkt werden, daß eine Ersatzpflicht nicht entsteht, wenn der durch die widerrechtliche Handlung mit verursachte Schade auch ohne dieselbe eingetreten wäre, weil hier der erforderliche Causalnexus fehlt; während allerdings die bloße Möglichkeit, daß der Schade ohne die widerrechtliche Handlung gleichfalls eingetreten wäre, nicht zu berücksichtigen ist.[24]) Danach ist die Frage zu beantworten, ob wegen Vernichtung einer Beweisurkunde aus dem Grunde ein Schadenersatz verlangt werden kann, weil der Proceß, bei dem sie als Beweismittel hätte dienen können, verloren gegangen ist.[25])

Die beschädigende Handlung muß ferner *rechtswidrig* oder *widerrechtlich* sein. Man hat dabei zunächst an eine Handlung zu denken, die

---

21) Entsch. G. H. 1869 Nr. 38 (= G. Z. 1869 Nr. 46 [Sammlung VII. Nr. 3304]), welche sich aber hauptsächlich auf §. 1042 stützt.

22) Wenn also A, der verpflichtet ist, dem B an einem bestimmten Tage eine Geldsumme zu bezahlen, dieses unterließe, und in Folge dessen nun auch B seinen Gläubiger C nicht bezahlen kann, und darum in eine Conventionalstrafe verfällt, so ist zwar A dem B, nicht aber auch dem C zum Ersatz verpflichtet. — Dem Satz im Text steht nicht entgegen §§. 45 u. 48 der Vdg. vom 20. Jänner 1855 (R. G. Bl. Nr. 13) und Art. 241, 245 H. G. B., wornach die Mitglieder des Vorstandes einer Actiengesellschaft für die Ueberschreitung ihrer Vertretungsbefugniß nicht nur der Gesellschaft, sondern auch (was Hahn Comm. 1. Aufl. I. S. 470 mit Unrecht leugnet) Dritten gegenüber verantwortlich sind; denn es liegt hier nicht bloß eine Schuldverletzung, sondern ein wahres Delict vor (§. 1009 b. G. B.).

23) Z. B. Jemand wendet sich um Reparatur seines Hauses nicht an einen Architekten, sondern an einen Pfuscher.

24) Mommsen S. 146, Windscheid §. 258; vgl. dagegen die E. G. Z. 1871 Nr. 70 [= Riehl III. S. 1612].

25) Mommsen S. 147. So wurde auch in dem in Petruska's Zeitschr. 1856 Nr. 38 [S. 175 = Peitler 1. Aufl. Nr. 760] mitgetheilten Rechtsfalle entschieden, daß der geklagte Todtschläger des Sohnes des Klägers diesem den anständigen Unterhalt zu leisten habe, obgleich die Unmöglichkeit der Alimentation vielleicht auch durch die eigene Erwerbsunfähigkeit des Getödteten hätte herbeigeführt werden können.

Digitized by Google

dem objectiven Rechte[26]) entgegen ist; ob sie dabei auch noch ein subjectives Recht verletzt, ist gleichgiltig.[27]) Man begeht demnach eine widerrechtliche Handlung auch durch die Aufnahme eines Dienstboten ohne Zeugniß, oder durch die unterlassene Aufstellung von Warnungszeichen bei einem Baue, durch Betrug u. dgl., und haftet für die daraus entstehenden nachtheiligen Folgen, obwohl diese Handlungen gar kein subjectives Recht verletzen. Dies liegt im §. 1294 (verb. widerrechtlich), und darum bestimmt das Strafgesetz von 1803 in der Einleitung Abs. I. ganz richtig: „Jede gesetzwidrige Handlung unterwirft einer Verantwortlichkeit." Demgemäß hat den Charakter der Widerrechtlichkeit jede im Strafgesetze verpönte Handlung, und die Frage, ob eine Handlung strafbar ist, ist also auch eine civilrechtliche.[28]) Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß eine nicht strafbare Handlung darum schon eine civilrechtlich erlaubte sei, da es eine Reihe von Handlungen gibt, die zwar civilrechtlich untersagt, gleichwohl aber strafrechtlich nicht verpönt sind.

Ist eine Handlung vom Gesetze verboten, so macht das Zuwiderhandeln, wofern daraus ein Schade entsteht, für denselben verantwortlich, wenn auch diese Ersatzpflichtigkeit vom Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen ist; daher haftet z. B. auch Derjenige für den Schaden, der einen solchen durch die im Hofd. vom 6. Juni 1838 Nr. 277 J. G. S. verbotene Verabredung gegen Licitationen oder dadurch verursacht hat, daß er eine Urkunde als Zeuge gefertigt hat, ohne vom Aussteller hiezu aufgefordert worden zu sein.

In Betreff des Verhältnisses einer Handlung zum objectiven Recht ist aber der folgende wichtige Unterschied zu bemerken: Einige derselben widerstreiten dem objectiven Rechte schon an sich, ohne Rücksicht auf ein bestimmtes obligatorisches Verhältniß, das sie etwa verletzen (z. B. der Betrug); andere aber sind an sich erlaubt, und erscheinen unzulässig nur gegenüber bestimmten Personen, mit denen man in einem obligatorischen Verhältnisse steht, so daß sie sich als Verletzungen dieses Verhältnisses charakterisiren (z. B. Verkauf einer bereits an einen Anderen verkauften Sache §. 430). Die ersteren heißen Delicte, und sie erzeugen ganz neue Rechte; die letzteren heißen Schuldverletzungen, und diese modificiren nur die bereits vorhandenen Rechte; sie widerstreiten dem objectiven Rechte nur insofern, als dieses gebietet, bestehende Verpflichtungen zu erfüllen. Die Wichtigkeit dieser Eintheilung kann vollständig erst im speciellen Theil nachgewiesen

---

26) L. 1. pr. D. de injur. 47. 10: Injuria ex eo dicta, quod non jure fiat: omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur: hoc generaliter.

27) Mit Unrecht verbindet Unger S. 228, 230, 328 (ähnlich auch Mommsen II. S. 138) mit dem Begriffe einer widerrechtlichen Handlung das Merkmal des Eingreifens in eine fremde Rechtssphäre. Die gleiche Auffassung könnte man auch in §§. 317 u. 1297 b. G. B. ausgesprochen finden. Vgl. aber dagegen die im Text folgenden Beispiele, Unger selbst (I. S. 509 Note 14 und II. S. 328 Note 4 a) und bes. Windscheid §. 101 Note 1.

28) So z. B. die Frage, ob die Annahme von Zahlung oder Bedeckung von einem zahlungsunfähigen Schuldner Mitschuld an der leichtsinnigen Crida (§. 486 R. G. B.) begründe.

Digitized by Google

werden; hier ist nur zu bemerken, daß, da das obligatorische Verhältniß nur die in demselben stehenden Personen bindet, die den Schuldner zur Verletzung desselben bestimmende Thätigkeit eines Dritten diesen nicht verantwortlich macht (§. 430), während die Verleitung zu einem Delicte Schadenersatzpflicht nach sich zieht (§. 1301), und daß der Verletzer eines Schuldverhältnisses regelmäßig nur seinem Gläubiger, nicht auch Dritten haftet[29]), der Delinquent aber jedem Beschädigten.

Widerstreitet eine Handlung dem objectiven Rechte in keiner Weise, dann zieht sie, sei sie auch eine beschädigende, keine Schadenersatzpflicht nach sich. Diesen Satz hat das Gesetzbuch minder passend in eine positive Form eingekleidet, indem es bestimmt, daß derjenige, welcher innerhalb der gesetzlichen Schranken lediglich sein Recht ausübt, für den daraus einem Anderen erwachsenden Schaden nicht haftungspflichtig ist (§. 1305. Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam). Mag man sich auch über die Einwendung, daß die Ausübung eines Rechtes nicht den Maßstab für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Handlung abgeben könne[30]), durch die Hinweisung auf die im G. B. ausdrücklich betonten „rechtlichen Schranken" beruhigen, so bleibt es denn doch, zumal wenn man die Existenz eines besonderen Rechtes der persönlichen Freiheit in Abrede stellt, in einer Reihe von Fällen fraglich, welchem Rechte gegenüber sich die bezügliche Handlung oder Unterlassung als Ausübungsact darstellt, und muß demnach auch die Frage über die Haftungspflicht bei Zugrundelegung der Formulirung des §. 1305 zweifelhaft bleiben.[31]) Wohl aber verschwindet die Schwierigkeit, wenn man (oben) den Satz negativ faßt, und sich gegenwärtig hält, daß zu jeder schuldbaren Handlung eine Verletzung des objectiven Rechtes wesentlich gehört, und daß somit, wo eine solche Verletzung fehlt, auch von einer Ersatzpflicht keine Rede sein kann. Daraus ergibt sich insbesondere, daß derjenige nicht ersatzpflichtig ist, der — außer dem Falle eines besonderen obligatorischen Verhältnisses — einen Anderen bloß aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit irreführt, weil culpose Irreführung im Gesetze nirgends als Delict erklärt ist[32]), während die Frage nach der positiven Fassung des §. 1305

29) Daran darf auch die Fassung des §. 1295 (vb. „Jedermann") uns nicht irre machen. Vgl. Unger I. S. 547 f.

30) Es gibt eben unzweifelhaft Fälle, in denen Jemand sich durch die Ausübung seines Rechtes verantwortlich macht. Wer auf seinem Grunde gräbt, übt sicherlich sein Eigenthumsrecht aus; wenn aber dadurch das Nachbarhaus seine Grundfeste verliert, so wird er schadloshaltungspflichtig. Die Eisenbahnunternehmung übt durch den Bahnbetrieb ihr Recht aus; wenn aber durch die damit verbundenen Erschütterungen ein benachbartes Haus Risse bekommt, so muß sie Ersatz leisten. Auf diese Beschränkungen weist hin §. 364 b. G. B. Vgl. auch die Lehre von den Sachbeschädigungen.

31) Welches Recht übt wohl derjenige aus, der auf eine der mehreren Simultanhypotheken verzichtet und dadurch nachstehende Hypothekargläubiger schädigt (vgl. Kitka in Haimerl's Mag. XI. S. 190), oder der eine Fabrik errichtet, die durch ihre Concurrenz den kleinen Gewerbsmann ruinirt?

32) §. 1300 b. G. B. spricht nur von doloser Irreführung; zu dem gleichen Ergebniß führt auch das arg. a contr. aus §§. 874, 875. Gewiß aber kann man in culposer Irreführung nicht die Ausübung irgend eines Rechtes erblicken.

Digitized by Google

eine Lösung fände, da culpose Irreführung sicherlich nicht Ausübung irgend eines Rechtes ist. Aus dem gleichen Grunde ist nicht nur Jener von aller Verantwortung frei, der seinen Nachbar auf eine ihm drohende Gefahr nicht aufmerksam macht, sondern auch derjenige, der seinem Untergebenen, der Jenen aufmerksam machen wollte, dies aus Neid oder Schadenfreude verbietet. Hieraus folgt von selbst auch der obenangeführte Satz, daß die Thätigkeit eines Dritten, welche einen Schuldner bestimmt, seine Verbindlichkeit gegenüber seinem Gläubiger nicht zu erfüllen, den Dritten gegenüber dem Gläubiger nicht verantwortlich macht (vgl. §. 430), und daß demnach die diesem Satze scheinbar widerstreitende Bestimmung des §. 1301 nur für Delicte Geltung hat.

Aus Billigkeitsrücksichten hat indessen das Gesetz auch Ausnahmen von der Bestimmung des §. 1305 zugelassen. Es sind dies Fälle, in denen das Gesetz Jemandem aus überwiegenden publicistischen Gründen eine einen Anderen benachtheiligende Handlung gestattet, diesen Vortheil aber damit ausgleicht, daß es dem Handelnden eine Entschädigungspflicht auflegt. Solche Fälle enthält das a. b. G. B. in den §§. 46, 76, 365, 460, 1021, 1111, das Forstgesetz vom 3. December 1852 Nr. 250 R. G. B. in den §§. 24, 26, 34, 39[33]), das Berggesetz von 1854 in den §§. 26—28, 98—107, 127[34]), das Wasserrechtsgesetz vom 30. Mai 1869 in den §§. 9, 15 lit. b, §. 19[35]) u. s. f. In diesen Fällen wird man also, obwohl man nicht dem objectiven Rechte entgegengehandelt hat, schadloshaltungspflichtig; solche Fälle dürfen aber nicht analogisch erweitert werden. Die Entschädigungspflicht beruht hier auf selbständigem Grunde, und es ist ganz falsch, wenn man mitunter in diesen Fällen Delicte erblicken will.

3) Willkührlichkeit der Beschädigung[36]), d. i. Abhängigkeit der beschädigenden Handlung von dem Willen des Beschädigers. Diese Willkührlichkeit kann in zweifacher Form gedacht werden. Die Beschädigung wird entweder geradezu gewollt, und dann heißt die Willensrichtung böser Vorsatz oder böse Absicht (dolus), oder sie wird zwar nicht geradezu gewollt, der Handelnde unterläßt aber die ihm schon nach den allgemeinen Grundsätzen oder aus einem besonderen Grunde obliegende Anspannung der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes (diligentia), wodurch die Beschädigung hätte vermieden werden können; dieser Mangel an gehöriger Willensanspannung wird Versehen (culpa im engeren Sinne) genannt.[37]) In beiden Fällen ist eine willkührliche Beschädigung oder ein Verschulden (culpa im weiteren Sinne)[38]) vorhanden (§. 1294).

---

33) Schadloshaltung für die Ausbringung der Waldproducte über fremde Gründe und aus Anlaß der Holztrift.

34) Entschädigung wegen Schürfens und Bergbaubetriebes auf fremdem Grund und Boden.

35) Entschädigung wegen Benützung fremden Grundes zum Landen, zur Anlegung einer Wasserleitung, wegen Benützung eines Gewässers zum Nachtheil des Fischereiberechtigten.

36) Hauptwerk über diesen Gegenstand ist: Hasse Die Culpa des röm. R. 1815, 2. Ausg. 1838; vgl. auch Mommsen Beitr. III. S. 374 f.

37) Arndts §. 85, Keller §. 249; vgl. auch Zirkler im Rechtslex. III. S. 83—133, 466—505.

38) Keller §. 250.

Digitized by Google

Ist dagegen die Beschädigung eine unwillkührliche, weil der Beschädigende auch bei der größten Aufmerksamkeit die Beschädigung nicht vorhersehen konnte (wo also jedes Verschulden fehlt), oder weil er sich im Zustande einer vorübergehenden Sinnenverwirrung oder des mechanischen Zwanges befand, so greift eine Ersatzpflicht nicht Platz (§. 1306).[39]) Wird aber der Zustand vorübergehender Sinnenverwirrung willkührlich, entweder vom Handelnden selbst oder von einem Dritten herbeigeführt, dann gilt die in demselben verübte Beschädigung als eine willkührliche, und wird demjenigen imputirt, der die Sinnenverwirrung verschuldet hat (§. 1307). Der psychologische Zwang hebt den Willen, also auch die Verantwortlichkeit nicht auf[40]); nur haftet dessen Urheber sowohl dem Bedrohten, als auch, nebst diesem, dem Beschädigten. Die juristische Willkührlichkeit fehlt aber den ganz handlungsunfähigen Personen, daher den Geisteskranken und den Kindern; sie gelten regelmäßig als ganz „unzurechnungsfähig", und haften daher für den von ihnen verursachten Schaden in der Regel nicht.[41]) Hat der Beschädigte zu dieser Beschädigung selbst die Veranlassung gegeben (z. B. einem Kinde seine Uhr als Spielzeug anvertraut), dann trägt er den Schaden selbst und hat keinen Ersatzanspruch gegen das Aufsichtspersonal (§. 1308); außer diesem Falle haften die Aufsichtspersonen wegen allfälliger Vernachlässigung der ihnen obliegenden Aufsicht (§. 1309).[42]) Wäre auf

---

39) Vgl. Unger S. 233, Windscheid §. 101; L. 23. D. de R. J. 50. 17.

40) Unger S. 233 Note 17.

41) Ebenso nach röm. R. (Keller §. 240, Windscheid §. 101 Note 12), obwohl man in früherer Zeit mitunter behauptete, daß der von einem furiosus zugefügte Schaden zu ersetzen sei (so z. B. Diedemann obs. ad doctr. jur. civ. de damno, Schöman Handb. I. S. 202 f. u. A.). Vgl. dagegen Vangerow III. §. 571 A. 2, Holzschuher II. 2 S. 73 f. — Der Ausdruck „Kind" ist, trotz Kirchstetter's (S. 573) Widerspruch, im Sinne des §. 21 zu verstehen, wie insbes. §. 1310 beweist, der von mangelndem „Verstande" spricht und im Kindesalter nur ausnahmsweise den Beweis vorhandenen Verschuldens zuläßt. Auch im röm. R. wird der infans dem furiosus gleichgestellt, der impubes aber der culpa fähig erklärt, wenn er sich nicht ausnahmsweise derselben unfähig zeigt („injuriae capax" L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2.). In dieser Stelle, wie in L. 61. D. de admin. 26. 7 wird der vom furiosus zugefügte Schade als zufälliger erklärt; so heißt es auch in L. 10. D. de R. V. 6. 1: Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est. Vgl. auch L. 46. D. de O. et A. 44. 7. — Hervorzuheben ist ferner §. 310, welcher nur Kinder, nicht auch Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, unter diejenigen Personen zählt, welche den Gebrauch der Vernunft nicht haben. Auch das Preuß. L. R. I. 6. §. 41, welchem der §. 1310 b. G. B. entnommen wurde, spricht ausdrücklich von Kindern unter 7 Jahren. Uebereinstimmend mit dem Gesagten Unger II. S. 29 Note 27 und die übrigen österr. Schriftst.

42) Auch nach röm. R. haftet der nachlässige Wächter eines furiosus für den von diesem zugefügten Schaden (L. 14. D. de off. praes. 1. 18, Vangerow §. 571 S. 41). Das Gleiche behauptet Keller §. 241 vom Hausvater, welcher seine potestas nicht gebraucht hat, um das Delict des filius familias zu verhindern, und Windscheid §. 455 Note 12 überhaupt von der vernachlässigten Aufsicht über Kinder. Die von Beiden allegirten Quellenäußerungen reden jedoch nur von unterlassener Aufsicht über Sclaven, Windscheid beruft sich außerdem noch auf Präjudicate deutscher Gerichtshöfe. Arndts §. 326 A. 3 bemerkt

Digitized by Google

diesem Wege ein Erfolg nicht zu erlangen (weil die Aufsichtsperson vermögenslos, oder einer Nachlässigkeit nicht zu zeihen wäre), denn gestattet das Gesetz von Fall zu Fall die Untersuchung, ob dem Kinde oder dem Geisteskranken gegenüber der beschädigenden Handlung die erforderliche Willensfähigkeit und somit Willkührlichkeit beigemessen werden kann, und es ist im bejahenden Falle nach billigem Ermessen auf den ganzen oder theilweisen Ersatz aus dem Vermögen des Handelnden zu erkennen. Diese subsidiäre Verurtheilung nach Billigkeit greift auch dann Platz, wenn der Thäter zwar vollkommen unzurechnungsfähig befunden wurde, jedoch die Vermögensverhältnisse des Beschädigers und des Beschädigten oder die von Letzterem geübte Schonung bei der Vertheidigung für eine billige Ersatzleistung sprechen (§. 1310).[43])

Minderjährige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, sind, wie andere zurechnungsfähige Personen, für den durch ihr Verschulden verursachten Schaden verantwortlich (§. 248).

Zu den gänzlich handlungsunfähigen, also einer willkührlichen Beschädigung nicht fähigen Personen gehören auch die juristischen Personen, und darum sollten sie wegen schuldbarer Verletzung nicht schadloshaltungspflichtig werden können. Wie jedoch oben (§. 81) bereits nachgewiesen wurde, werden nach österreichischem Rechte die von den Vertretern juristischer Personen in der Vollführung ihrer Geschäfte unternommenen Handlungen auch hinsichtlich ihrer inneren Momente als Handlungen der juristischen Person selbst angesehen und Letztere für die dadurch herbeigeführten schuldbaren Verletzungen verantwortlich erklärt.[44])

Das Versehen (culpa im Gegensatze zum dolus) hat zwei Grade; es gibt ein leichtes und ein grobes Versehen[45]) („auffallende Sorglosigkeit" §§. 1324, 1331). Letzteres ist vorhanden, wenn der Beschädigende nicht einmal jenen Grad von Aufmerksamkeit verwendet, dessen selbst die unbegabtesten Menschen fähig sind, wie z. B. wenn Jemand ein Gewehr losdrückt, ohne vorher untersucht zu haben, ob es geladen ist, oder bei heftigem Winde in der Nähe eines Waldes Feuer anzündet. Ein solches Versehen streift schon an böse Absicht (culpa lata dolo proxima). Wird hingegen bei einer beschädigenden Handlung jene Aufmerksamkeit verabsäumt, zu deren Anwendung wenigstens der Besitz gewöhnlicher Fähigkeiten nothwendig ist, so ist das Versehen nur ein leichtes (culpa levis). Diese Aufmerksamkeit in seinem Thun und Lassen anzuwenden ist die Pflicht jedes verstandesbegabten Menschen, und daß ihm dies im einzelnen Falle, z. B. wegen vorübergehender Sinnenverwirrung nicht möglich war, hat er zu beweisen; wer sie

---

ausdrücklich, daß die neuere Gesetzgebung „andere" — also vom röm. R. abweichende — Bestimmungen enthalte und citirt Art. 1384 cod. civ. und §§. 1308—10, 1314, 1315 b. G. B.

43) Ueber diese deutschrechtlichen Ausnahmen vgl. Unger S. 232 f., bes. Note 14, 16.

44) §. 337 b. G. B., Gemeinde-O. v. 17. März 1848 §. 86, Eisenbahnbetriebs-O. v. 16. Nov. 1851 §. 60, 19, Ges. v. 5. März 1869.

45) Unger S. 237—247, Arndts §. 86, Keller §. 250.

Digitized by Google

also bei einer beschädigenden Handlung nicht anwendet, dem wird letztere zugerechnet (§. 1297). Dahin gehört auch die Beschädigung durch Gesetzesunkenntniß (§. 2), wie z. B. wenn ein Vormund aus diesem Grunde die Zinsen des Mündelcapitals verjähren läßt (§. 246).[46]) Der die erforderliche Aufmerksamkeit und Sorgfalt Anwendende wird im Gesetze „emsig und redlich" genannt, und darum bildet das Benehmen eines „redlichen und fleißigen Hausvaters" (diligentia diligentis patris familias §§. 228, 513, 1009) den Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob im concreten Falle ein Verhalten den Vorwurf der Fahrlässigkeit verdient.[47]) Es läßt sich wohl auch die Verabsäumung einer solchen Aufmerksamkeit denken, deren nur die begabtesten Naturen fähig sind (sog. diligentia diligentissimi patris familias); die Unterlassung derselben wäre das geringste Versehen (culpa levissima); allein so oft auch die Inbetrachtnahme einer solchen für das gemeine Recht behauptet wurde, heutzutage ist die Theorie dieses Grades des Versehens gänzlich aufgegeben[48]), und auch das österreichische Recht erklärt für ein Versehen nur die Unterlassung jenes Grades der Aufmerksamkeit, der schon bei gewöhnlichen Fähigkeiten möglich ist (§. 1297).[49]) Die Unterlassung der Anwendung eines höheren Grades der Aufmerksamkeit gilt also als Zufall.[50])

Keine Ausnahme von dem Gesagten bildet die Bestimmung des §. 1299, wonach man bei Handlungen, zu deren Ausführung besondere Kunstkenntnisse gehören, wie z. B. zum Aufbau eines Hauses, zur Führung eines Processes, zur Behandlung eines Kranken u. s. w. auch für den Abgang einer solchen Aufmerksamkeit und solcher Kenntnisse verantwortlich werden kann, die nur derlei Sachverständigen eigen sind.[51]) Solche Handlungen soll nur ein Sachverständiger unternehmen, und ihm ist die Anwendung der hiezu erforderlichen Umsicht und Aufmerksamkeit etwas Leichtes; wendet er sie nicht an, so ist dies ein gewöhnliches Versehen, und es ändert sich hier also nicht der Grad der anzuwendenden Aufmerksamkeit,

---

46) Uebereinstimmend die E. G. Z. 1857 Nr. 107 [= Sammlung I. Nr. 358] und Windscheid §. 101 Note 6.

47) Windscheid §. 101.

48) Vgl. über sie Bangerow I. S. 181, Unger S. 238 f. Sie ist noch im A. L. R. vertreten, welches ein grobes, mäßiges und geringes Versehen unterscheidet.

49) Eine Aufmerksamkeit, welche nur Menschen von besonderer Begabung möglich ist, kann mit Recht nicht gefordert werden. Keller §. 250. Indem unser G. B. nur von der culpa levis spricht, hat es damit die Theorie von der culpa levissima verworfen. Unger S. 244.

50) Von dieser Art wäre z. B. der Fall, wenn ein Bevollmächtigter falsche Banknoten eincassirt, die so gut nachgeahmt sind, daß die Fälschung nur für ein besonders geübtes Auge erkennbar wird; in diesem Falle muß der Machtgeber den Schaden tragen. Ein ähnlicher Fall wäre, wenn auf Eisenbahnen durch das Funkenaussprühen der Locomotive ein Brandschaden entsteht; in dem in der G. H. 1860 Nr. 35 [= Sammlung II. Nr. 948] mitgetheilten Rechtsfalle wurde dem aus solchem Anlaß gestellten Entschädigungsanspruche keine Folge gegeben, da in dieser Thatsache noch kein besonderes Verschulden erwiesen vorliegt.

51) Dies ist auch der Sinn jener Stellen des H. G. B. (z. B. Art. 282, 380), welche von der Sorgfalt eines „ordentlichen Kaufmanns" sprechen.

Digitized by Google

sondern nur der Maßstab ihrer Beurtheilung.[52]) Werden aber derlei Handlungen von Personen, die nicht Sachverständige sind, ohne Noth[53]) unternommen, oder besitzt der Sachverständige selbst nicht die volle zu seinem Gewerbe oder seiner Kunst erforderliche Geschicklichkeit, und erleidet ein Dritter durch den Mangel derselben einen Schaden, dann haftet der Handelnde freilich für den Abgang einer seine Kräfte übersteigenden Aufmerksamkeit, also gewissermaßen für den Zufall; allein dieses erklärt sich dadurch, daß es schon ein Verschulden ist, sich die Ausführung einer Handlung zuzutrauen, die über die Kräfte des Handelnden geht, und daß man für alle Folgen einer schuldbaren Handlung einstehen muß (§. 1311).[54]) Naturgemäß greift aber eine Beschränkung dieser Haftung Platz, wenn der Beschädigte die Unerfahrenheit des Pseudo-Sachverständigen kannte, oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen mußte, als er ihm das Geschäft überließ (§. 1299), und es kommt dann die Bestimmung des §. 1304 zur Anwendung.

Der Unterschied zwischen den verschiedenen Graden des Verschuldens ist im österreichischen Recht insbesondere hinsichtlich des *Umfangs* der daraus hervorgehenden Schadenersatzpflicht von Bedeutung.

Wie bereits erwähnt, zerfallen die widerrechtlichen Handlungen in zwei Classen, in *Delicte* und *Schuldverletzungen*, die nach verschiedenen Grundsätzen behandelt werden, und deren wesentlichster Unterschied der ist, daß erstere ganz neue Rechte erzeugen[55]), letztere nur ein vorhandenes, nämlich das obligatorische Verhältniß, das sie verletzen, modificiren.[56]) Hieraus folgt, daß die Schadenersatzschuld, die als modificirte an die Stelle der ursprünglichen ganz[57]) oder zum Theile[58]) tritt, nach den von der letzteren geltenden Grundsätzen zu beurtheilen ist, also, wenn sie selbst eine accessorische ist, deren Schicksale theilt[59]), daß sie mit derselben Klage, wie die ursprüngliche verfolgt wird, daß, wie die ursprüngliche, so auch die Ersatzschuld nur zwischen den ursprünglichen Subjecten besteht, und daß, so wie das vom Schuldner gegebene Versprechen, die dem Gläubiger gegenüber bestehende obligatorische Verbindlichkeit nicht zu erfüllen, giltig und klagbar ist, auch derjenige, der den Schuldner zu diesem Versprechen veranlaßt hat, dem Gläubiger für den daraus hervorgehenden Schaden nicht haftet. In allen diesen Beziehungen gilt bei Delicten das Gegentheil. Zu den obligatorischen Verhältnissen, welche durch eine schuldbare Handlung verletzt werden können, gehört auch das Verhältniß aus einer dinglichen

52) *Unger* S. 245.

53) Hiezu §§. 1035, 1311, 1312.

54) §. 1299 ist nicht nur auf Schuldverletzungen, sondern auch auf Delicte anwendbar, wie wenn z. B. ein Pyrotechniker beim Abbrennen eines Feuerwerks nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgeht. Vgl. L. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

55) Soweit ist die von *Savigny* Obl. R. II. S. 294 gegebene Definition des Delicts richtig. Im Uebrigen läßt sie viel zu wünschen übrig. Vgl. *Windscheid* §. 101.

56) *Unger* S. 228 f., *Puchta* §. 261.

57) Z. B. §§. 430, 1120; es kann auch das ursprüngliche Verhältniß dadurch aufgehoben werden, z. B. §§. 1117, 1118, 1166.

58) Z. B. §§. 919, 1153.

59) §§. 912, 913.

Digitized by Google

Klage.[60]) Uebrigens kann eine und dieselbe widerrechtliche Handlung zugleich Delict und Schuldverletzung sein, wie wenn z. B. der Depositar die fremde Sache unterschlägt oder der Commodatar sie mißbraucht; in diesem Falle gelten die Grundsätze von der Klagenconcurrenz. Das Nähere im speciellen Theile.

Eine andere minder wichtige Eintheilung widerrechtlicher Handlungen ist jene in positive und negative, d. i. in solche, die in einem Thun, und solche, die im bloßen Unterlassen bestehen (culpa in faciendo und non faciendo).[61]) Delicte gehören meist der ersten Gruppe an[62]), da es außer dem Falle eines besonderen Verpflichtungsverhältnisses in der Regel keine Verbindlichkeit gibt, Andere vor Schaden zu bewahren. Doch macht ausnahmsweise das Gesetz positives Handeln zur Pflicht, wo es denn auch Unterlassungsdelicte gibt, wie z. B. in den Fällen der §§. 1314, 1318, 1319, 1320, 343, 858 u. a.[63]) Schuldverletzungen können sowohl im Thun (§§. 430, 1120 u. a.), als im Unterlassen bestehen (z. B. §§. 908, 919 u. a.).

§. 139. Wirkung der widerrechtlichen Handlungen.

Sind die erörterten Voraussetzungen einer widerrechtlichen Handlung vorhanden, dann entsteht für den Beschädigten gegen den Beschädiger ohne Rücksicht auf den Grad seines Verschuldens der Anspruch auf Ersatz des verursachten Schadens, mag es sich um die Verletzung eines obligatorischen (wie sich das G. B. etwas zu eng ausdrückt: eines vertragsmäßigen) Verhältnisses handeln oder nicht, während nach römischem Recht im ersteren Falle häufig nur für dolus und culpa lata gehaftet wird (§. 1295).[1]) Die

---

60) Wenn z. B. der unredliche Besitzer die Sache verzehrt oder veräußert, so verletzt er seine schon bestehende Restitutionspflicht. Beschädigt dagegen ein Nichtinhaber fremdes Eigenthum, dann ist die gegen ihn zu richtende Entschädigungsklage eine Delictsklage.

61) Vgl. Zirkler im Rechtslex. III. S. 103 f.

62) Puchta §. 261 Note c.

63) Hieher gehören auch manche polizeiliche Bestimmungen z. B. die Verpflichtung zur Aufstellung von Warnungszeichen nach §. 380 St. G. B.

1) Zeiller ad §. 1295, Unger S. 243 Note 23. Das gewöhnliche Gebiet, auf welchem im röm. R. zwischen culpa lata und levis unterschieden wird, ist freilich jenes der Vertragsobligationen, und darum spricht §. 1295 nur von der Uebertretung einer Vertragspflicht; allein daß auch in anderen Obligationsfällen, z. B. bei Legaten, dieser Unterschied vorkommt, darüber s. Keller §. 251 u. A. und vgl. L. 108. §. 12. D. de leg. I. Darum bemerkt Unger S. 229 Note 1 mit Recht, daß §. 1295 zu eng gefaßt ist (auch §. 1303 hat diese enge Fassung; vgl. dagegen die richtigere Fassung in §. 1298). Uebrigens behandelt §. 1295 nur diese Frage; er will also nicht sagen, daß jede in der Handlung einer bestimmten Person wurzelnde und von ihrer Willkühr abhängige Beschädiguug ihr auch ohne Weiteres zu imputiren sei, sondern dies ist nur der Fall, wenn sie einem bestimmten Rechtssatze entgegengehandelt hat. Dies übersehen die meisten österr. Schriftsteller, so z. B. Kirchstetter S. 570, wo er behauptet, daß §. 1300 eine Ausnahme von der Regel des

Digitized by Google

Wirkung einer widerrechtlichen Handlung ist also die Begründung eines Anspruches auf Ersatzleistung, und zwar bei Delicten eines selbständigen (einer sog. Delictsobligation), bei Schuldverletzungen einer an die Stelle der ursprünglichen ganz oder theilweise tretenden, somit unselbständigen Schadenersatzforderung, wo nicht ausnahmsweise das Gesetz in der Erlöschung der Gegenverbindlichkeit den geeigneten Ersatz findet (wie in den Fällen der §§. 1117, 1118, 1166). Die Ersatzleistung besteht zunächst in der Wiederherstellung des vorigen Zustandes[2]) (wie z. B. der Wiederherstellung des niedergerissenen oder des vertragswidrig geänderten Bauwerkes, des abgegrabenen Weges, des abgeleiteten Baches[3]), in der Rückstellung der einem Commodatar entzogenen Sache[4]), in der Wiederverschaffung einer verlorenen fremden Sache[5]) u. s. f.); ist aber diese Wiederherstellung nicht möglich, dann geschieht die Ersatzleistung durch Bezahlung des Schätzungswerthes des verursachten Schadens (§. 1323). Eigentlich sollte immer sowohl der positive Schade als der Gewinnstentgang ersetzt werden, und so bestimmt es auch das römische Recht[6]); das österreichische Recht aber verpflichtet dazu nur bei vorsätzlicher oder aus grober Fahrlässigkeit hervorgehender Beschädigung[7]), so daß bei leichtem Versehen nur der positive Schade zu vergüten ist.[8]) Diese beschränktere Art der Ersatzleistung nennt es Schadloshaltung, die ersterwähnte vollständige aber mit einem dem preußischen L. R.[9]) entlehnten Ausdrucke Genugthuung (§§. 1323, 1324). In letzterem Falle spricht das Gesetz auch von einer Verpflichtung zur Tilgung der verursachten Beleidigung[10]); es kann füglich damit kaum etwas

---

§. 1295 bilde. — Bei Delicten gilt auch nach röm. R. der Satz: In lege Aquilia et levissima culpa venit.

2) Vgl. Unger in Haimerl's Vtljschr. XIV. S. 112, Mommsen Beitr. II. S. 13 f., Entsch. G. Z. 1871 Nr. 73 [=Sammlung IX. Nr. 4103].

3) Vgl. L. 2. C. de leg. Aquil. 3. 35, wo in diesen Fällen ausdrücklich die a. leg. Aquil. auf Wiederherstellung des vorigen Standes gegeben wird. Cf. auch L. 1. §. 31. D. de vi. 43. 16.

4) Gerber §. 102 faßt dies unbedenklich als einen Fall der Delictsklage auf.

5) Ist sie vertretbar, so besteht die Wiederherstellung in der Anschaffung einer gleichen Sache z. B. des fehlenden Bandes aus einem mehrbändigen Werke (vgl. das aus Seuffert Arch. in der G. Z. 1861 Nr. 40 abgedruckte Erkenntniß). Wegen der leichten Nachschaffbarkeit genügt aber auch Ersatzleistung in Geld. — Einen verwandten Fall behandelt §. 458 (Bestellung eines anderen angemessenen Pfandes).

6) Bangerow III. S. 43 f. (§. 571), Holzschuher II. 2. S. 77—79, Unger S. 243 Note 23, Mommsen II. S. 134—137.

7) Nach röm. R. sind die Nachtheile des dolus und der culpa lata im Vergleich mit der culpa levis: a) daß ersteren das billige Ermessen des Richters weniger zu Statten kommt, b) Haftung trotz eigenen Verschuldens des Verletzten, c) Zulassung des juramentum in litem. Mommsen II. §. 23, S. 255 f.

8) Auch für das röm. R. hat diese Ansicht Vertretung gefunden. Vgl. Glück IV. S. 447 (doch anders XII. §. 813), Göschen Vorl. §. 396, Koch Recht der Ford. I. S. 305. Mißbilligt wird diese Bestimmung des österr. G. B. von Unger Syst. II. §. 102, Note 1, 23 und Vtljschr. XIV. S. 114 f.

9) I. 6. §. 7.

10) Unger XIV. S. 114 findet diesen Ausdruck unklar und jedenfalls irrelevant. Ebenso Stubenrauch III. S. 547 f.

Digitized by Google

Anderes gemeint sein, als die bei beschädigenden Ehrenkränkungen nach Umständen[11]) eintretende Verbindlichkeit zum Widerrufe der Verläumdung bei den maßgebenden Personen.

Weitere privatrechtliche Wirkungen widerrechtlicher Handlungen, wie die Strafbuße des germanischen oder die Privatstrafe des römischen Rechtes sind, da heutzutage die Strafgesetzgebung deren Functionen übernommen hat, nicht recipirt; nur von der ersteren hat sich ein Rest im Schmerzengelde des §. 1325 erhalten.

Von der Regel, daß man für den schuldbarer Weise zugefügten Schaden hafte, besteht eine Ausnahme dann, wenn der Beschädigte den Schaden selbst wollte, weil dann subjectiv eine Rechtsverletzung nicht vorliegt (volenti non fit injuria).[12]) Belege dafür hat das G. B. in den §§. 945, 248, 866, 1308, 1309; auch ist dieser Gedanke ausgesprochen in dem Art. 55, Al. 2 des H. G. B. und im §. 3 der kaiserlichen Verordnung vom 5. März 1859 R. G. B. Nr. 46. Wer also im Zweikampf verwundet wird, hat den Anspruch aus §. 1325 nicht.[13]) — Eine theilweise Ausnahme von der Ersatzpflicht greift dann Platz, wenn dem Beschädigten ein Mitverschulden an dem eigenen Schaden zur Last gelegt werden kann; er trägt dann den Schaden verhältnißmäßig mit dem Beschädiger, und wenn das Verhältniß nicht zu ermitteln ist, zu gleichen Theilen[14]) (§. 1304).[15]) Es wird aber hier auf Seite des Beschädigers ein bloßes Versehen vorausgesetzt; der dolose Beschädiger trägt den Schaden immer allein, mag ihm auch der Beschädigte die Beschädigung durch eigene Fahrlässigkeit erleichtert haben.[16]) Darum haftet der dolose Rathgeber für den ertheilten schädlichen Rath allein, wenn es auch Sache des Berathenen war, den Rath vor der Befolgung gehörig zu prüfen (§. 1300), während der culpose Geschäftsmann,

---

11) Nämlich wenn dies ein geeignetes Mittel zur Wiederherstellung des vorigen Standes ist.

12) Vgl. L. 7. §. 4. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Unger S. 230 Note 8.

13) Unrichtig ist aber die Behauptung, daß für den Fall der Tödtung im Duell §. 1327 keine Anwendung habe. — Rippel ad §. 1304 Nr. 5 will beim Duell §. 1304 angewendet wissen; ebenso Winiwarter IV. S. 562; dagegen Stubenrauch III. S. 523.

14) Vgl. E. G. Z. 1861 Nr. 126 und 1863 Nr. 98 [= Sammlung III. Nr. 1384, II. Nr. 863]. Auch wenn sich das Verhältniß nicht genau ermitteln läßt, die Halbirung aber unbillig wäre, kann das Verhältniß vom Richter nach seinem Ermessen bestimmt werden. E. G. Z. 1857 Nr. 107 [= Sammlung I. Nr. 358].

15) Esmarch G. Z. 1857 Nr. 6 findet in der Bestimmung des §. 1304 eine unbestreitbar zweckmäßige und billige Abweichung vom röm. R. Ueber letzteres Arndts §. 324 A. 2, Mommsen II. S. 157 f., 257—259, Windscheid §. 258.

16) Darum ist der Bestandgeber im Falle des §. 1120 zur vollen Genugthuung verpflichtet, obwohl der Bestandnehmer durch Intabulation des Bestandvertrages dem Schaden vorbeugen konnte (E. G. Z. 1873 Nr. 63 [= Samml. XI. Nr. 4998]). Ueber den Begriff des Verschuldens in eigenen Angelegenheiten und dessen Wirkung vgl. §§. 1398, 1399. Siehe überhaupt Stubenrauch III. S. 523, Ellinger ad §. 1304, Winiwarter IV. S. 562, Arndts §. 324 A. 2; a. A. Scheidlein S. 49 (in gleichem engeren Sinne wird der Ausdruck „Verschulden" auch gebraucht im §. 1308).

Digitized by Google

dessen Unerfahrenheit derjenige, der ihm das Geschäft überließ, kannte, nur einen verhältnißmäßigen Theil des Schadens zu tragen hat (§. 1299).

Subject der Schadenersatzschuld ist regelmäßig nur der Beschädiger; ausnahmsweise kann aber auch gegen einen von ihm verschiedenen Dritten der Ersatzanspruch erhoben werden, worüber das Nähere in die Lehre von den einzelnen Delictsobligationen gehört. Nur das Allgemeine ist hier zu bemerken, daß in jenen Fällen, wo Jemand für die von einem Anderen verschuldete Beschädigung haftet, ihm der Rückersatzanspruch gegen den Schuldtragenden zusteht (§. 1313). Eine hiebei bestrittene Frage ist, ob er nur für den positiven Schaden oder auch für den Gewinnstentgang, und in jenen Fällen, wo das Affectionsinteresse zu leisten ist (§. 1331), auch für letzteres aufzukommen hat. Nach der richtigen Ansicht trifft die letztere Verpflichtung, da sie mehr die Natur einer Strafe als eines Ersatzes an sich trägt, nur den unmittelbaren Beschädiger; das lucrum cessans aber, welches (arg. §. 1337) überhaupt nicht als eine höchstpersönliche Schuld zu betrachten ist, muß von dem Mithaftenden ersetzt werden[17]), weil ihm das Gesetz die Haftung ohne weitere Beschränkung aufbürdet.

Nach römischem Recht haften die Erben für den Schaden nur insoweit sie durch denselben bereichert erscheinen; nach dem canonischen Recht und der gemeinrechtlichen Praxis hingegen ad vires hereditatis. Das österreichische Recht aber erklärt die Schadenersatzpflicht, die gesetzliche wie die conventionirte, als eine auf dem Vermögen haftende, und läßt sie, wie jede andere Schuld, auf die Erben übergehen (§. 1337). Das Gesagte bezieht sich selbst auf das bei körperlichen Verletzungen zu bezahlende Schmerzengeld, da der Anspruch auf dasselbe nur auf activer (§§. 531, 918), nicht auch auf passiver Seite ein höchst persönlicher ist.[18])

Im Falle der Strafbarkeit der beschädigenden Handlung unterscheidet sich, da an die Stelle der römischen Privatstrafe im heutigen gemeinen, wie im österreichischen Recht die öffentliche getreten ist[19]), die heutige Procedur von der römischen dadurch, daß, während nach dieser Schadenersatz und Strafe vor dem Civilrichter nach den Formen des Civilprocesses verfolgt wurde, heutzutage ersterer vor den Civilrichter, letztere vor den Strafrichter (welcher nach Umständen auch eine Administrativbehörde sein kann) gehört, und daß nur (unten) ausnahmsweise beides von dem Strafrichter ausgesprochen werden kann (§. 1338). Nach gemeinem Rechte machen von dieser Regel noch heutzutage eine Ausnahme die Ehrenbeleidigungen, häufig auch die Verletzungen des Körpers und der Freiheit (sog. Injurien in weiteren Sinne), insofern sie nämlich wie im römischen Rechte (mit der aestimatio injuriae) lediglich civilrechtlich verfolgt werden[20]); diese Bestimmung galt vordem auch

17) Dagegen Zugschwerdt Schadenersatz S. 62 f.

18) Unger II. S. 534 Note 6, S. 535 bes. Note 10. Dagegen behauptet Randa G. Z. 1869 Nr. 52 Note 18 auch auf passiver Seite die Unvererblichkeit des Schmerzengeldes.

19) Gerber Syst. §. 165, Savigny Obl. R. II. §§. 83, 84.

20) Mittermaier im Rechtslex. V. S. 899, Luden ebda. VI. S. 189 f., Savigny Obl. R. II. 321 f., Zeiller ad §. 1340 Nr. 4.

Digitized by Google

in Oesterreich (§. 252 A. G. O.).[21]) Das gemeine Recht ist also mit seiner Reform auf halbem Wege stehen geblieben.[22]) Das a. b. G. B. hat aber auch die Bestrafung solcher Verletzungen (insoweit sie eben strafbar sind) der Judicatur der Civilgerichte entzogen, und sie der Competenz einer anderen Behörde zugewiesen (§. 1339)[23]); der Schadenersatzanspruch aus solchen Handlungen ist jedoch der civilrechtlichen Entscheidung vorbehalten (als sog. Injurienklage §. 1490).

Diese Trennung der civilgerichtlichen von der Strafprocedur ist, obwohl ein Fortschritt, in gewisser Beziehung ein Nachtheil, den die modernen Institutionen im Vergleich mit den römisch-rechtlichen mit sich bringen, ein Nachtheil, der, abgesehen vom Zeitverlust, insbesondere darin besteht, daß das Beweisverfahren zweimal durchzuführen ist. Diesen Nachtheil auszugleichen, wurde im österreichischem Recht, übereinstimmend mit der gemeinrechtlichen Praxis, die Bestimmung getroffen, daß es dem Beschädigten frei stehen soll, seinen Schadenersatzanspruch gleich bei dem Strafgerichte, das jedenfalls einschreiten muß, anzumelden und durch sog. Anschluß an das Strafverfahren derartig zu verfolgen, daß mit dem Ausspruche über die Strafe zugleich über den Entschädigungsanspruch erkannt wird (§§. 4, 47 St. P. O. v. 23. Mai 1873). Diese mit dem Strafverfahren verbundene Geltendmachung des Schadenersatzanspruches heißt technisch der Adhäsionsproceß.[24]) In demselben hat die Strafbehörde, wenn sich die Schadloshaltung oder Genugthuung unmittelbar oder durch Vernehmung von Sachverständigen mit hinreichender Zuverlässigkeit bestimmen läßt, darüber zugleich mit dem Strafurtheile zu erkennen (§. 1340 b. G. B., §§. 369, 366 St. P. O.), und ist auch berechtigt, über die gänzliche oder theilweise Ungiltigkeit eines mit dem Schuldigen eingegangenen Rechtsgeschäftes

21) Der cit. §. spricht von „einem Spruch, wodurch wechselseitige Beschimpfungen aufgehoben worden sind".

22) Diese Inconsequenz des gemeinen Rechtes beruht auf der K. G. O. II. 28. §. 4, welche erlaubte, daß der Beleidigte eine Geldsumme gerichtlich fordern kann (Windscheid §. 472 Note 2), was sich damit erklärt, daß Ehrenbeleidigungen nicht, wie andere strafbare Handlungen, von Staatswegen verfolgt werden. Wie Arndts §. 339 A. 4 bemerkt, ist „die Injurienklage die einzige Klage auf eine Privatstrafe, die im heutigen gemeinen Recht noch unbestrittene Geltung hat, aber auch diese ist partikularrechtlich vielfach durch Festsetzung einer öffentlichen Strafe beseitigt".

23) Nur das ist der Sinn des vielbesprochenen §. 1339 (Wessely Handb. des gerichtl. Verf. I. S. 14, 319). Die Praxis aber versteht ihn, da außer den im St. G. B. enthaltenen Ehrenkränkungen keine anderen durch ein besonderes Gesetz für strafbar erklärt sind, dahin, daß er ein alle minderen Ehrenkränkungen mit Strafe belegendes (also Straf-) Gesetz sei. So z. B. E. G. Z. 1858 Nr. 71 [= Riehl III. S. 1610], betreffend eine in einem Briefe gegen den Adressaten gerichtete und nur letzterem bekannt gewordene Ehrenkränkung; so auch Entsch. in der Verw. Zeitschr. 1869 Nr. 39. Vgl. auch Frühwald Hdb. des Str. G. ad §. 487. Diese Ansicht wird schlagend widerlegt durch Nr. 74 des Anhangs zum b. G. B. für Siebenbürgen: „Von welchen Behörden die körperlichen Verletzungen, die widerrechtlichen Kränkungen der Freiheit und die Ehrenbeleidigungen zu untersuchen und zu bestrafen seien . . . wird durch die Strafgesetze bestimmt."

24) Vgl. Jordan im Rechtslex. I. S. 122 f.

Digitized by Google

(§. 878) oder sonstigen entstandenen Rechtsverhältnisses zu entscheiden (§. 371 St. P. O.). Läßt sich aber im Wege des strafgerichtlichen Verfahrens über die erwähnten privatrechtlichen Ansprüche nicht mit Zuverlässigkeit urtheilen, oder erging kein Strafurtheil, so ist der Beschädigte auf den ordentlichen Civilrechtsweg zu verweisen (§. 1340 b. G. B. und §. 366 St. P. O.). Dieser steht aber dem Beschädigten auch dann offen, wenn er eine größere oder andere Entschädigung, als ihm durch das Strafurtheil zuerkannt worden, ansprechen zu können glaubt (§. 1340 b. G. B., §. 372 St. P. O.); das im §. 1340 auch dem Beschädiger in den nicht criminellen Fällen eingeräumte gleiche Recht wurde bereits durch das Hofd. v. 30. Sept. 1820 Nr. 1705 J. G. S. aufgehoben. Dagegen steht ihm das Berufungsrecht nach Maßgabe des Strafverfahrens zu (§. 283 St. P. O.), nicht auch dem Beschädigten (§§. 283, 366, 372 ebda.).

Wie bereits im §. 1338 b. G. B. angedeutet ist, gilt das Gesagte auch, wenn nach den betreffenden Competenzbestimmungen nicht das Gericht, sondern eine Administrativbehörde das Bestrafungsrecht hat, wie z. B. bei Forstfreveln[25]), Feldfreveln[26]), Wildschäden[27]) u. s. w.

Ausnahmsweise sind Schadenersatzansprüche, ohne daß eine strafbare Handlung vorliegt, den Gerichten gänzlich entzogen und anderen Organen zugewiesen, wie z. B. Ersatzforderungen des Staates gegen Beamte aus dem Dienstverhältnisse, welche im administrativen Wege eingebracht werden,[28]) und einige minder wichtige Fälle.

§. 141. Von der Verjährung.[1])

Einen Fall, wo so recht die Zeit ein Rechtsverhältniß erzeugt oder ein solches aufhebt, also zur selbständig wirksamen juristischen Thatsache wird, bildet die Verjährung.[2]) Man versteht unter diesem Begriff in seiner weiteren Bedeutung die Umwandlung des bisherigen factischen Zustandes

25) Forstgesetz v. 3. Dec. 1852 Nr. 250 R. G. B. §. 64. Die Schadloshaltung erfolgt nach §. 73 ebda. und bezw. nach dem dem Gesetze beigefügten Tarif.

26) Min. V. v. 30. Jän. 1860 Nr. 28 R. G. B. §§. 23, 26. Die Administrativbehörde erkennt selbst über den Ersatz, wenn dritte Personen, welchen eine Mitschuld nicht zur Last fällt, aus dem Feldfrevel Nutzen gezogen haben, wie z. B. bei Beschädigungen durch Abweiden. — Als eigenthümliche Executionsart in solchen Fällen ist hervorzuheben, daß der zuerkannte Schadenersatz, welcher wegen Armuth des Schuldigen nicht beigetrieben werden kann, von der Behörde auf Begehren des Beschädigten in Arbeitstage umzusetzen ist (§. 28 ebda.).

27) Min. Verordn. v. 14. Juli 1859 Nr. 128 u. 12. Juli 1860 Nr. 182 R. G. B.

28) Hofd. v. 16. Aug. 1841 Nr. 555, Hfkzld. v. 1. Dec. 1834 Nr. 2775 u. v. 3. Jänner 1842 Nr. 583 J. G. S.

1) Unger II. S. 249—286, Savigny IV. S. 299 ff., Windscheid §. 105, Unterholzner Verjährungslehre (2. Aufl. v. Schirmer, 1858), Pachmann die Verj. nach dem a. b. G. B. Wien 1833, Winiwarter in Pratobevera's Mat. VIII. S. 1—208.

2) Windscheid §. 102.

Digitized by Google

der Ausübung oder Nichtausübung eines Rechtes (oder eines sonstigen Existent- oder Nichtexistenterscheinens eines solchen)[3] in den rechtlichen seines Bestandes oder Nichtbestandes durch die Kraft der langen Dauer.[4] Im engern Sinne aber wird unter Verjährung (praescriptio)[5] der Verlust eines Rechtes wegen dessen Nichtausübung während der gesetzlich bestimmten Zeit (§. 1451) verstanden, während der Erwerb eines solchen durch langdauernde Ausübung oder durch sog. Besitz Ersitzung (usucapio) genannt wird (§. 1452).[6] Dem entspricht die alte Eintheilung der Verjährung im weiteren Sinne in die Extinctiv- und Acquisitivverjährung.[7]

Indem das objective Recht der langen Dauer eines Zustandes diese Wirkung zuschreibt, verpflanzt es eine im socialen Leben überhaupt mächtig wirkende Ueberzeugung auf das Rechtsgebiet.[8] Eine langdauernde Uebung wird zur ehrwürdigen Sitte, altersgraue Einrichtungen im Staatsleben, wenn auch trüben Ursprungs, werden zu Staatsgrundgesetzen, eine langdauernde Rechtsanschauung zum Gewohnheitsrecht; „die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann; was lange bestanden hat, erscheint uns bloß deswegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstößliches“[9]: es ist daher einem menschlichen Bedürfniß entsprechend, daß auch dasjenige, was lange Zeit (subjectives) Recht schien, Recht bleibe. Dazu kommt der Umstand[10], daß die auf diesem Wege in ein Recht umgewandelte Thatsache ja nicht nothwendig früher ein Unrecht war; das Recht kann wirklich begründet, bezw. aufgehoben gewesen, und nur der Beweis dafür nicht zu erbringen sein, und darum erscheint es um so mehr recht

3) Dieser Zwischensatz würde auf die sog. Tabularersitzung passen; richtiger dürfte es jedoch sein, diese Erwerbsart mit Unger S. 284 als Verjährung durch Nichteinklagung seines Eigenthumsrechtes (durch Nichtanstellung der Löschungsklage), somit zunächst als Verlustart eines Rechtes aufzufassen. Die damit Hand in Hand gehende Erwerbung des Rechtes durch einen Anderen wäre durch die nun wirksam werdende Intabulation zu erklären.

4) Uebereinstimmend Windscheid §. 105. Diese Begriffsbestimmung unterscheidet sich von jener der älteren Schule und des §. 1451 b. G. B. darin, daß diese die Verjährung immer als Verlust des Rechtes auffaßte, aus welchem dann erst möglicherweise ein Erwerb hervorgehen sollte. Uebrigens gebraucht Windscheid den Ausdruck Verjährung nur im weiteren Sinne, und nennt die Verj. im eng. S. „aufhebende Verj.“ das b. G. B. gebraucht den Ausdruck im weiteren und engeren Sinne.

5) Genauer: temporis praescriptio d. i. Einrede der Zeit; denn römisch sind exceptio und praescriptio identisch. Savigny V. S. 163—165, Windscheid §. 105 Note 1.

6) Ueber die Mangelhaftigkeit der Definition des §. 1452, was insbes. die sog. usucapio constitutiva betrifft, vgl. Unger S. 255 Note 19.

7) Windscheid §. 105 Note 1. Die herrschende Lehre verwirft diese Eintheilung; so insbes. Savigny IV. S. 299, 310, V. S. 266, Unger II. S. 249—253; vgl. aber dagegen Windscheid §. 105 Note 6, welcher nur vor der Annahme warnt, als ob die Verjährung (im w. S.) eine Erwerbungs- oder Erlöschungsart aller Rechte wäre, indem vielmehr nur bei einzelnen Rechten das Eine oder das Andere oder Beides der Fall ist, und daher für jedes einzelne Recht besonders erwiesen werden muß.

8) Windscheid §. 105.

9) Windscheid a. a. O.

10) Zum Nachfolgenden: Savigny IV. S. 305—308, V. S. 267—272, Windscheid §. 105.

Digitized by Google

und billig, daß der langdauernde Sachverhalt die Stelle des Beweises vertrete[11]), als es unbillig wäre, demjenigen, der dadurch gewinnt, durch die seinem Gegner gestattete lange Hinausschiebung der Klage die Vertheidigung zu erschweren.[12]) Ließe sich aber auch beweisen, daß der in ein Recht umgewandelte Zustand früher ein unrechtmäßiger war, so erscheint es doch immer billiger, daß derjenige, welcher (und zwar meist durch eigenes Verschulden) durch lange Zeit entbehrt hat, noch fernerhin entbehre, als daß jener, welcher einen Vermögensbestandtheil lange als sein betrachtet und in dieser Weise seine Lebensverhältnisse geordnet hat, denselben plötzlich verliere, und daß dadurch auch schuldlose Dritte zu Schaden kommen.[13]) So ist die Verjährung eines der wohlthätigsten Institute, nicht beruhend auf den Grundsätzen des strengen Rechtes, sondern auf Rücksichten der Billigkeit und Nützlichkeit, also ein Rechtsinstitut juris publici, woraus von selbst folgt, daß sie durch Verabredung nicht in Voraus ausgeschlossen und die dafür bestimmte gesetzliche Frist nicht in Voraus verlängert werden kann (§. 1502)[14]); es steht aber natürlich nichts entgegen, sie vertragsmäßig zu verkürzen oder nach deren Ablauf auf ihre Wirkungen zu verzichten.[15])

Bei der Verjährung im engern Sinne wird ein Recht durch dauernde Nichtausübung aufgehoben, bei der Ersitzung durch dauernde Ausübung erworben. Es sind aber gleichwohl nicht alle Rechte Gegenstand der Verjährung oder Ersitzung.[16]) Vor Allem ist zu bemerken, daß Verjährung und Ersitzung privatrechtliche Institute sind, und darum die in das Staatsrecht fallenden unveräußerlichen Hoheitsrechte der Krone (Regalien im älteren Sinne des Wortes) davon nicht betroffen werden (§. 1456)[17]), während Privatrechte des Staates, wenn auch in einer längeren als der gewöhnlichen Zeit, sowohl durch Ersitzung als durch Verjährung verloren gehen können (§§. 1457[18]), 1485). Auch kann von einer Verjährung der

---

11) Windscheid §. 105, Savigny V. S. 268 f.

12) Savigny S. 271 f.

13) Justinian drückt dies in seiner Art so aus: „ . . . ne possessores . . . prope immortali timore teneantur" (L. 7. pr. C. de praescr. trig. 7. 39). L. 2. L. de ann. exc. 7. 40: „ut . . sit aliqua inter desides et vigilantes differentia".

14) Savigny V. S. 411 behauptet das Gleiche für das röm. R. Demungeachtet kann nach E. G. H. 1868 Nr. 99 [= Samml. VI. Nr. 3144] für Gewährleistungsansprüche vertragsmäßig eine längere, als die im §. 933 festgesetzte Haftung bedungen werden.

15) Savigny S. 412, Unger S. 444.

16) Windscheid §. 105. Auch das b. G. B. sieht trotz §§. 1455 und 1479 die Ersitzung und Verjährung nicht als allgemeine Erwerbs- und Verlustarten der Rechte an; denn bezüglich der ersteren fügt es schon im §. 1455 bedeutende Beschränkungen bei; im §. 1479 aber spricht es nur von Rechten „gegen Dritte", wohin daher z. B. das Eigenthumsrecht nicht gehört. Die ältere Schule sah hingegen bekanntlich die Verj. im w. Sinne als allgemeine Erwerbs- und Erlöschungsart aller Rechte an. Darüber Unger S. 257 ff., Savigny IV. S. 299.

17) Vgl. Unger S. 262 ff., 271. Verschieden von dem „Rechte, Steuern auszuschreiben" ist der Anspruch des Fiscus auf die einzelne fällige Steuerrate. Dieser unterliegt nach richtiger Ansicht von jeher der Verjährung. Unger S. 404. [Vgl. jetzt das Ges. v. 18. März 1878 R. G. B. Nr. 31.]

18) Es ist hier aus dem voraus-

Digitized by Google

von der älteren Doctrin und übereinstimmend damit von dem a. b. G. B in das Privatrecht einbezogenen Ansprüche aus dem sog. absoluten Personenrecht und insbesondere des Rechtes über seine eigenen Handlungen keine Rede sein (§§. 1481, 1459). Auch Familienrechte können weder durch Ersitzung begründet, noch durch Verjährung aufgehoben werden (§§. 1458, 1481).[19]) Es erübrigt also für das Gebiet der Verjährung und Ersitzung nur das Vermögensrecht.

Was insbesondere die Ersitzung anbelangt, so können, weil sie die Erwerbung eines Rechtes durch fortdauernden Besitz ist, Rechte, die nicht Gegenstand des Besitzes sind[20]), oder die an einen Anderen gar nicht übertragen werden können[21]), auch nicht ersessen werden (§. 1455). Wie in der Lehre vom Besitz zu zeigen ist, sind nicht Gegenstand des Besitzes und also auch nicht der Ersitzung: das Pfandrecht[22]), das Erbrecht[23]), sowie jene Forderungen, die eine positive Handlung des Schuldners zum Gegenstande haben[24]), mit Ausnahme jedoch der Reallasten, welche, obwohl von

---

gehenden §. hineinzulesen: „dem Staatsoberhaupte als solchem", woraus folgt, daß das Privatvermögen des Landesfürsten die Begünstigung des §. 1472 nicht genießt (vgl. §. 289).

19) Unger S. 266, 271. Auch die im Familienrechte gegründeten vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten z. B. die Alimentationspflicht sind im §. 1481 als unverjährbar erklärt; mit Recht, da sie sich fortwährend erneuern; auch sind sie ohnedies zeitlich beschränkt, daher eine weitere Beschränkung durch Verjährung hier als überflüssig erscheint. Mit diesen Verbindlichkeiten sind aber nicht zu verwechseln jene aus einem bereits fälligen Anspruche auf eine einzelne Leistung z. B. auf eine einzelne, dem unehelichen Kinde gebührende Alimentationsrate. Solche unterliegen allerdings der Verjährung.

20) „Vermöge ihrer wesentlichen Beschaffenheit" (wie z. B. die res communes omnium, die Accessionen), „oder vermöge der Gesetze" (wie z. B. Grundstücke in betreff der osmanischen Unterthanen). So wurde auch in einem Rechtsfall (Würtemb. Arch. f. Recht und Rechtsverw. XII. S. 309, mitgetheilt in der österr. Verw. Ztschr. 1870 Nr. 2) entschieden, daß das Recht zum ausschließlichen Bezuge des Kieses und Sandes aus den Kiesbänken der Donau weder durch Ersitzung noch durch unvordenkliche Ausübung erworben werden könne, weil das Bett eines schiffbaren Flusses eine öffentliche Sache sei.

21) Wie z. B. Theile eines gesetzlich untheilbaren Grundstücks (Entsch. G. Z. 1863 Nr. 88 [= Sammlung IV. Nr. 1641]. Ueber die Ausschließung der Ersitzung bei gewissen Forst- und Feldservituten s. §. 34 des Pat. v. 5. Juli 1853 Nr. 130 R. G. B.

22) Unger S. 268. Das Pfandrecht ist auch nach röm. R., obwohl Gegenstand des sog. abgeleiteten Besitzes, nicht ersitzbar; vgl. Savigny IV. S. 312 f. Auch die Befriedigung im Wege der Sequestration der Pfandsache ist keine Besitzausübung des Pfandrechtes, weil der Sequester nicht im Namen des Gläubigers, sondern des Schuldners handelt. Das im Faustpfandrecht begriffene Retentionsrecht ist zwar Gegenstand des Besitzes, die Ersitzung desselben würde aber, wenn sie zulässig wäre, nicht zur Veräußerungs-, sondern nur zur Retentionsbefugniß führen. Dagegen meint Wehli G. H. 1869 Nr. 6, daß das Faustpfandrecht ersessen werden könne.

23) Unger S. 269 f.

24) Unger S. 269 schließt die Forderungen überhaupt von der Ersitzung aus, was sich damit erklärt, daß er Reallasten und Monopole nicht zu den Forderungen zählt. Hingegen hält Wehli G. H. 1869 Nr. 8 verbriefte Forderungen für einen Gegenstand der translativen Ersitzung, indem im Besitze des Schuldscheins ein Besitz der Forderung gelegen sei.

Digitized by Google

obligatorischer Natur, von jeher als Gegenstand des Besitzes und der Ersitzung betrachtet worden sind.[25]) Aber auch die auf eine negative Handlung des Schuldners (Dulden oder Unterlassen) gerichteten Forderungen (wie das Recht des Miethers, Pachters, Entlehners, Retentionsberechtigten ꝛc.) sind, obwohl Gegenstand des Besitzes, in der Regel nicht Gegenstand der Ersitzung, weil dieses auf die Herbeiführung eines dauernden Rechtszustandes gerichtete Rechtsinstitut auf Rechtsobjecte von so vergänglicher Natur, wie die Handlung eines Menschen, nicht anwendbar ist[26]), und es machen davon eine Ausnahme nur jene obligatorischen Verhältnisse, bei welchen das Dulden oder Unterlassen an ein Grundstück oder an einen Complex von Grundstücken derartig gebunden ist, daß gewissermaßen diese Grundstücke als die verpflichteten Subjecte erscheinen, wie die sog. Monopole (Jagdrecht, Fischereirecht, Bannrechte u. s. w.).[27]) Es sind also Gegenstand der Ersitzung nur das Eigenthum, das vollständige sowohl als das sog. getheilte (§§. 1466, 1468), die Servituten (§§. 1470, 1471, 1459), die Reallasten und privatrechtlichen Monopole (§§. 1470, 1471, 1459, 1457) und endlich gewisse im Laufe der Zeit aus dem öffentlichen in das Privatrecht verpflanzte, an fremden Grundstücken ausgeübte Berechtigungen, als: das Jurisdictionsrecht, das Patronat u. s. w. (§§. 1470, 1471).

Was die Verjährung im engeren Sinne anbelangt, so muß ebenfalls hervorgehoben werden, daß nur wenige Vermögensrechte durch dauernde materielle Nichtausübung erlöschen, daß hingegen die Verjährung eine allgemeine Erlöschungsart der vermögensrechtlichen Klagsansprüche durch Unterlassung ihrer Ausübung[28]) ist, dann aber auf das dem Anspruche zu Grunde liegende Recht selbst zerstörend wirken kann. Danach unterscheidet man

---

25) Unger S. 268.

26) Man könnte zwar meinen, daß obligatorische Verhältnisse von ausnahmsweise langer Dauer, wie z. B. eine auf 90 Jahre abgeschlossene Pachtung in dem Sinne Gegenstand der Ersitzung wären, daß dadurch zwar nicht die ewige, aber doch die dem betreffenden obligatorischen Verhältnisse entsprechende Dauer, z. B. Pachtrecht für 90 Jahre begründet werde (da die Ersitzung nicht mehr bewirken kann, als der ordentliche Entstehungsgrund). Allein Gegenstand der Ersitzung wäre hier die Herrschaft über die Handlung des bestimmten Pseudoschuldners durch wenigstens 30jährige Ausübung (da die 3jährige einen Rechtstitel voraussetzt, der aber die Obligation selbst bewirkt), indem kein Gesetz die Berechtigung gibt, die factische Duldung oder Unterlassung des Erben mit jener des Erblassers zusammenzurechnen; die Fälle einer so lange dauernden obligatorischen Duldung oder Unterlassung einer und derselben Person aber sind so selten, daß man nicht annehmen kann, das Gesetz habe einen so unpraktischen Fall durch Ersitzung schützen wollen. (Uebereinstimmend Wehli G. H. 1869 Nr. 8.) Eine Ausnahme bildet gewissermaßen die factische Ausübung einer Servitut an einem eingetragenen Grundstücke, weil in diesem Falle vor der Intabulation der ersessenen Servitut nur ein obligatorisches Verhältniß angenommen wird; allein hier ist die Absicht auf die Erwerbung eines dinglichen, nicht eines persönlichen Rechtes gerichtet.

27) Unger S. 268, welcher diese Forderungen „auf Grund und Boden radicirte Rechte“ nennt, ohne sich weiter über deren rechtliche Natur auszusprechen.

28) Gerichtliche Geltendmachung ist Aequivalent der materiellen Ausübung. Windscheid §. 107.

Digitized by Google

zwischen der Rechts- (Gebrauchs-) und der Anspruchs- (Klagen-) Verjährung[29][30] (§. 1479).[31] Im Einzelnen gilt Folgendes:

Das Eigenthumsrecht geht, mag dessen Ausübung noch so lange unterlassen worden sein, dadurch nicht verloren; einige weiter unten zu erwähnende, sehr vereinzelte Fälle ausgenommen, welche jedoch auf andere Art zu erklären sind. Sofort macht sich jedoch die Verjährung auch beim Eigenthum geltend, sobald dessen unbeschränkte Ausübung durch einen Dritten gehindert, also der Eigenthumsanspruch zum Klaganspruch erwachsen ist; es gibt also beim Eigenthumsrecht keine Rechts-, sondern nur eine Anspruchsverjährung (§. 1459).[32] Das Gleiche gilt vom Erbpacht-, Erbzins- und Bodenrecht, weil diese Rechte als sog. getheiltes Eigenthum vom G. B. überhaupt zum Eigenthumsrecht gerechnet werden (§. 359).[33] Servituten verjähren, wenn sich der Verpflichtete der Ausübung derselben widersetzt hat, also der Servitutenanspruch zum Klaganspruch erwachsen ist, durch dreijährige Nichteinklagung (§§. 1488, 1497); sie verjähren aber außerdem auch durch 30- oder 40jährige Nichtausübung (non usus, §§. 351, 1479, 1484, 1485); es gibt also bei Servituten sowohl eine Rechts- als eine Anspruchsverjährung.[34] Das Pfandrecht geht, so lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, durch die unterlassene Ausübung nicht unter (§. 1483); in anderen Fällen aber beginnt vermöge der allgemeinen Regel der §§. 1478 und 1479 dessen Verjährung in dem Augenblicke, wo die Ausübung rechtlich möglich geworden, d. i. wo die Befriedigung der

---

29) Vgl. Unger S. 275, 286, 405 Note 12. Auch Arndts §. 194, Windscheid §. 216 und Keller §. 182 nennen die Erlöschung der Servituten durch non usus eine Verjährung — eine Bezeichnung, die von Puchta Pand. §. 190 Note o mit Unrecht verworfen wird.

30) Unger S. 275 Note 77 a. Der Unterschied zwischen Rechts- und Anspruchsverjährung besteht aber nicht darin, daß die erstere eine Erlöschung durch Nichtausübung des Rechtes, letztere durch Nichteinklagung ist (auf welchen Unterschied die herrschende Meinung — auch Unger — mit Unrecht Gewicht legt), sondern daß die erstere eine Erlöschung des Rechtes, die letztere eine Erlöschung des Klaganspruches durch Nichtausübung ist; denn sicherlich wird auch die Rechtsverjährung durch die Einklagung und die Anspruchsverjährung durch die Ausübung des Rechtes unterbrochen (§. 1497). Auch Windscheid §. 106 bezeichnet die Anspruchsverjährung als Verlust des Anspruchs durch Nichtausübung, unterscheidet sie §. 107 von der Nichteinklagung, und erklärt §. 105 die Verjährung als Untergang entweder des Rechtes oder des Anspruchs durch dauernde Nichtausübung. Daß man die Klagverjährung als Untergang des Klagrechtes durch unterlassene gerichtliche Geltendmachung auffaßt (Unger S. 401, Arndts §. 106) kommt von der doppelsinnigen Bedeutung des Wortes „Klagerecht", welches man bald = „klagbares Recht", bald = „Berechtigung zu klagen" versteht; nur die letztere, nicht auch das erstere wird durch die Anstellung der Klage ausgeübt, und somit hat man, ohne es zu wollen, bei der erwähnten Auffassung der Klagverjährung das Klagerecht in der zweiten Bedeutung des Wortes im Sinne. Daher kommt es ferner auch, daß man als Wirkung der Klagverjährung bald den Untergang des Klagerechtes im ersten, bald nur im zweiten Sinne behauptet.

31) Vgl. auch §§. 1489, 1490, in welchen geradezu von der Verjährung der Entschädigungsklage, der Klagen über Injurien und des Klagrechtes überhaupt gesprochen ist.

32) Unger S. 273.

33) Unger a. a. O.

34) Unger a. a. O.

Digitized by Google

fälligen Forderung unterblieben, also der Pfandrechtsanspruch zum Klagsanspruch erwachsen ist, und es wird diese Verjährung bei dem Umstande, als nach österreichischem Rechte die eigenmächtige Ausübung des Pfandrechtes unzulässig ist (§. 461), nur durch die 30- oder 40jährige Nichtanstellung der Pfandklage vollendet; es gibt also bei diesem Rechte keine Rechts-[35]), sondern nur eine Anspruchsverjährung.[36]) Forderungen verjähren, wenn deren Befriedigung von da an, wo sie verlangt werden konnte, durch die gesetzliche Zeit nicht erfolgt ist (§. 1478), also von da an, wo der Forderungsanspruch zum Klaganspruch erwachsen ist; es gibt also bei Forderungen in der Regel ebenfalls nur eine Anspruchsverjährung.[37]) In folgenden Fällen erlöschen jedoch obligatorische Verhältnisse, obwohl ein Klagsanspruch noch nicht vorhanden ist, durch die unterlassene Ausübung. also durch Rechtsverjährung: a) Wenn die Leistung nach Kündigung mit oder ohne bestimmten Kündigungstermin erfolgen soll; hier besteht vor erfolgter Kündigung ein Klagsanspruch nicht, und dennoch geht unzweifelhaft die Forderung durch Nichtausübung in der gewöhnlichen Verjährungsfrist unter (§. 1478)[38]); b) bei Forderungen auf periodische positive Leistungen, wohin insbesondere die Reallasten gehören, muß zwischen dem Anspruch auf die einzelne fällige Leistung und dem Rechte im Ganzen unterschieden werden; letzteres geht nämlich nach ausdrücklicher Weisung des Gesetzes durch 30- oder 40jährige Nichtleistung, also durch Rechtsverjährung unter (§. 1480).[39]) c) Die auf fremdem Grund und Boden haftenden privatrechtlichen Schuldigkeiten (Jagdrecht, Fischereirecht, Bannrechte u. dgl.) verjähren durch Nichtausübung während der gewöhnlichen Verjährungsfrist (arg. §. 1482).[40]) — Das Erbrecht endlich kann durch Rechtsverjährung nicht erlöschen, weil es nicht ein Recht im technischen Sinne ist, und es daher auch keine Ausübung des Erbrechtes als solchen gibt; es verjährt aber, wenn sich ein Unberechtigter in den Besitz der Erbschaft gesetzt hat, und dadurch der erbrechtliche Anspruch zum Klagsanspruch erwachsen ist,

---

35) Man kann auch sagen, daß hier Rechts- und Anspruchsverjährung zusammenfallen, da nicht nur der Klagsanspruch, sondern auch das Pfandrecht selbst zu Grunde geht.

36) Unger S. 274. Man kann nicht sagen, daß ja in der gleichen Zeit auch die Forderung verjährt, und daß somit das Pfandrecht nicht durch Verjährung, sondern darum untergeht, weil es ohne Forderung nicht bestehen kann; denn sind Pfandeigenthümer und Schuldner verschiedene Personen, so kann gegen den letzteren die Verjährung unterbrochen worden sein, und dann verjährt das Pfandrecht selbständig.

37) Unger S. 274 f.; man könnte aber auch sagen, daß Forderungen auch durch Rechtsverjährung untergehen, daß diese aber mit der Anspruchsverjährung zusammenfalle

38) So auch Windscheid §. 108 a. E. und §. 109 Nr. 1, jedoch mit dem Unterschiede, daß er auch hier von einer Verjährung des Anspruchs spricht. Unger S. 410 schließt bei Vorhandensein eines Kündigungstermins und unterlassener Kündigung die Verjährung vollständig aus! Anders und mit Recht die Praxis; vgl. Entsch. G. H. 1865 Nr. 38 [nicht aufgenommen in die Sammlungen].

39) Unger S. 274 Nr. 3 spricht hier wieder nur von den „auf Grund und Boden radicirten Rechten", was mit Hinsicht auf den Wortlaut des §. 1480 und die dazu erflossenen Nachtragsbestimmungen offenbar zu eng ist.

40) Unger S. 274 Nr. 3.

Digitized by Google

somit durch Anspruchsverjährung (§§. 1479, 1487).[41]) Es folgt dies insbesondere aus §. 1479, wonach nur Rechte „gegen Dritte" der Verjährung unterliegen.

Sonach ergibt sich, daß zwar die Anspruchsverjährung eine allgemeine Erlöschungsart der vermögensrechtlichen Ansprüche ist, daß hingegen die Rechtsverjährung nur bei den Servituten und einigen obligatorischen Verhältnissen Platz greift.

Neben der bisher entwickelten, bereits dem römischem Recht bekannten Ersitzung und Verjährung kennt das österreichische Recht auch einige dem deutschen Rechte entnommene oder demselben nachgebildete Fälle von Verjährung, welche sich dadurch charakterisiren, daß sie nicht bloß Verlust-, sondern zugleich Erwerbfälle von Rechten sind, daß aber der Erwerb nicht durch Ersitzung (d. i. durch fortdauernde Rechtsausübung), sondern dadurch bewirkt wird, daß an dem durch Verjährung verlorenen Rechte nunmehr eine andere, früher unanwendbar gewesene Erwerbsart (Occupation, Accession, Intabulation) nachträglich wirksam wird.[42]) Die hieher gehörigen Fälle sind:

1) Der Eigenthumserwerb des Finders an der von einem Andern verlorenen Sache. Nach deutschem Recht hat der Finder der von Jemandem verlornen beweglichen Sache den Fund behördlich aufzubieten, und meldet sich der Eigenthümer nicht, so geht sie nach Ablauf einer gewissen Zeit an den Finder und nach Umständen auch an den Richter über.[43]) Dieser Satz ging in seinen Grundzügen in das österreichische Recht über. Der Finder muß den Fund öffentlich bekannt machen lassen (§§. 389, 390, 397); meldet sich aber der Eigenthümer binnen der gesetzlichen Zeit nicht, so „erlangt der Finder nach der Verjährungszeit, gleich einem redlichen Besitzer das Eigenthumsrecht" (§. 392). Es ist dies keine Ersitzung, weil der Finder wegen fehlenden Besitzwillens nicht Besitzer ist (§. 309), sondern das Eigenthumsrecht geht für den vorigen Eigenthümer wegen unterlassener Rückforderung nach altdeutscher Art durch Verjährung verloren, und an der sohin herrenlos gewordenen Sache wirkt nun die Apprehension des Finders als Occupation.

2) Der Eigenthumserwerb an dem vom fremden Grunde abgerissenen Erdstück (avulsum). Wird ein solches durch die Gewalt des Gewässers auf ein fremdes Ufer gelegt, so verliert der vorige Eigenthümer das Eigenthumsrecht daran, wenn er es binnen Jahresfrist nicht ausübt, und es geht sohin durch Accession an den Ufereigenthümer über (§. 412).[44])

3) Die sog. Tabularersitzung. Nach altdeutschem Recht wurde das Eigenthum an Grundstücken durch sog. gerichtliche Auflassung d. i. dadurch übertragen, daß der Veräußerer und der Erwerber vor dem Gerichte die Erklärung abgaben, das Eigenthum zu übertragen und zu übernehmen, worauf das Gericht, wenn nicht von Seiten eines Dritten dagegen Einspruch erhoben wurde, den Act bestätigte. Hiedurch wurde jedoch, wenn der Ver-

41) Unger S. 275.
42) Vgl. hierüber Unger S. 278 bis 281.
43) Vgl. Unger S. 281 f.
44) Vgl. hierüber Unger S. 283.

Digitized by Google

äußerer zur Uebertragung nicht berechtigt war, an dem Rechte des wahren Eigenthümers nichts geändert; er verlor aber sein Eigenthum, wenn er es unterließ, dagegen binnen Jahr und Tag Einsprache zu erheben; er hat sich dadurch „seines Rechtes verschwiegen", und Jener, dem das Grundstück aufgelassen wurde, erlangte nunmehr daran „eine rechte Gewere". Als es später üblich wurde, die gerichtlichen Auflassungen auch in besondere dazu bestimmte öffentliche Bücher (Grundbücher, Salbücher u. s. w.) einzutragen, rechnete man diese Frist von der Zeit der erfolgten Eintragung. Diese Einrichtung ging im Wesentlichen auch in das österreichische Recht über[45]); auch nach diesem wird das Eigenthum an Grundstücken regelmäßig nur durch die Eintragung des neuen Erwerbers in das öffentliche Buch (Landtafel, Stadt- oder Grundbuch) d. h. durch sog. Intabulation übertragen (§. 431). Da aber diese eine derivative Erwerbsart ist, so bewirkt sie, wenn der Uebertragende nicht Eigenthümer war, nicht Eigenthumsübergang, vielmehr kann der wahre Eigenthümer mittelst der Eigenthumsklage auf Löschung klagen. Hat er aber diese Klage (diesen „Widerspruch") und zwar durch 3 Jahre (gegen juristische Personen durch 6 Jahre, §. 1472) unterlassen, so verliert er sein Eigenthum, und die ursprünglich unwirksam gewesene Intabulation bewirkt nun (vorausgesetzt, daß sie auf Grund eines objectiv giltigen Rechtsgeschäftes erfolgte und der Eingetragene in gutem Glauben ist) Eigenthumsübergang an den Intabulirten. Diese Eigenthumserwerbsart wird vom österreichischem Recht, welches das Intabulirtsein wegen der den Wirkungen des Besitzes ähnlichen Wirkungen ebenfalls — aber freilich mit Unrecht — als Besitz ansieht (§§. 321, 322, 441), als eine Ersitzung aufgefaßt (§. 1467), ist es aber, weil ein wirklicher Besitz nicht vorausgesetzt wird, nicht, sondern die altdeutsche Verjährung wegen unterlassenen gerichtlichen Einspruchs („Verschweigung"), und das dadurch für den vorigen Eigenthümer verlorene Eigenthum geht kraft der nunmehr wirksam gewordenen Intabulation an den neuen Erwerber über.

Durch das Grundb. Gesetz vom 25. Juli 1871 erlitt diese Bestimmung die Abänderung, daß die Eintragung im Vertrauen auf das öffentliche Buch sofort das unanfechtbare Recht verschafft, wenn sie nach Ablauf der gegen die ursprünglich nichtige Eintragung des Vorgängers offen stehenden Recursfrist erfolgte (§. 63 das.), und daß sie nur bei unterbliebener Verständigung des Recursberechtigten erst nach 3 Jahren von der Zeit der ersten nichtigen Eintragung die Anfechtbarkeit verliert (§. 64 ebda.). —

Das gemeine Recht kennt noch eine besondere Art der Verjährung unter dem Namen der unvordenklichen Verjährung (praescriptio immemorialis, tempus immemoriale, humanam memoriam excedens) als allgemeine Ergänzungsart der Ersitzung sowohl als der Verjährung in Fällen, wo die Voraussetzungen dieser beiden Institute nicht zutreffen.[46])

45) Vgl. Unger S. 284 f.

46) So wird sie von Windscheid §. 113 charakterisirt, welcher Note 5 bemerkt, daß die Ansicht Savigny's, welcher die unvordenkliche Verjährung auf Rechte von publicistischem Charakter beschränken will, in der Theorie wenig Anklang gefunden und auf die Praxis geringen Einfluß ausgeübt habe.

Digitized by Google

Vorausgesetzt wird, daß ein rechtlicher Zustand über Menschengedanken hinaus bestanden habe. Dieses Rechtsinstitut ging in das österreichische Recht nicht über.[47])

Manche Aehnlichkeit mit der Verjährung hat die Erlöschung einer Berechtigung aus dem Grunde, weil das objective Recht für deren Ausübung von vornherein eine bestimmte Zeitgrenze gesetzt hat (Präclusion), so daß ihre Erlöschung nicht auf jenen Gründen, denen die Verjährung ihren Ursprung verdankt, sondern auf anderen Gründen beruht.[48]) Solcher Fristen zur Ausübung einer bestimmten Berechtigung, welche man im Gegensatze zu den Verjährungsfristen Präclusivfristen zu nennen pflegt[49]), kennt auch das b. G. B. mehrere, und es ist im einzelnen Falle, um zu entnehmen, ob die eine oder die andere vorliege, zu untersuchen, ob das Recht an sich zeitlich unbeschränkt ist, aber wegen Nichtausübung innerhalb einer gewissen Zeit untergeht (Verjährung), oder ob es nur darum untergeht, weil es im Voraus zeitlich beschränkt war (Präclusion).[50]) Auf Grund dieser Untersuchung wird man finden, daß nicht nur die in dem letzten Hauptst. des G. B. behandelten, sondern auch die in den §§. 933, 967, 982, 1097 und 1111 aufgeführten Erlöschungsfälle vorhandener Ansprüche wahre Verjährungsfälle sind[51]), während die an anderen Stellen des G. B. (§§. 156, 201, 259, 384, 412, 439, 862, 1075, 1082, 1084, 1141, 1290, 1321 u. s. f.) normirten zeitlichen Beschränkungen gewisser Befugnisse nur als gesetzliche Präclusionen betrachtet werden müssen, auf welche daher die Grundsätze der Verjährung, insbesondere jene der §§. 1494—97, 1501 keine Anwendung leiden. Letzteres gilt auch von dem zeitlich beschränkten Bestreitungsrecht der ehelichen Paternität (§§. 158, 159)[52]), von dem Anspruche auf Erfüllung eines sogenannten Vorvertrages (§. 936) und von dem Anspruch gegen die Erben eines Bürgen nach §. 1367.[53]) Die ältere Theorie rechnet alle derlei Präclusionen zur Verjährung[54]), so verschieden sie auch in Wesen und Wirkung von der letzteren sind; man geht aber auch andererseits auf dem Gebiete des österreichischen

47) Unger S. 256.

48) Vgl. Unger S. 275—277 bes. Note 79, Savigny IV. S. 299 f., Windscheid §. 105 Note 6.

49) Unger S. 277.

50) Unger S. 277 Note 79.

51) Vgl. Unger a. a. O. Note 78, 79.

52) Hier ist aus besonderen gesetzlichen Gründen das Bestreitungsrecht zeitlich beschränkt, und der Zeitablauf, nicht die unterlassene Bestreitung bildet den primären Erlöschungsgrund desselben. Von einer Verjährung könnte hier schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil (s. unten die Lehre von der Klagenverjährung) präjudicielle Klagsansprüche, welche lediglich auf gerichtliche Feststellung einer juristisch relevanten Thatsache gerichtet sind, der Verjährung nicht unterliegen; auch steht die Festsetzung der unüberschreitbaren Frist des §. 158 mit den Bestimmungen der §§. 1494, 1495 in einem nicht zu vermittelnden Gegensatze. Unger S. 276 zählt diesen Fall zu den Verjährungsfristen; dagegen er selbst S. 424 Note 17 und S. 584 Note 18.

53) In diesen beiden Fällen wird die Frist auch durch außergerichtliche Einmahnung unterbrochen, was mit §. 1497 im Widerspruch steht. Uebereinstimmend Unger S. 278 Note 79.

54) So Thibaut Besitz §. 1, Nippel IX. S. 3, Pachmann Verj. §. 3 u. A.; vgl. Unger a. a. O. Note 78.

Digitized by Google

Rechtes zu weit, wenn man alle außerhalb des letzten Hauptst. des G. B. normirten Zeitablaufsfälle von dem Begriffe der Verjährung ganz ausschließen möchte[55]), da die §§. 1491 und 1465 einer solchen Annahme widersprechen.[56])

§. 142. Die Zeitberechnung.[1])

Die Zeiträume werden entweder mit Bezug auf den Kalender (Kalenderzeit), oder nur ganz im Allgemeinen nach einer gewissen Zahl herkömmlich angenommener Zeitabschnitte, welche mit gewissen astronomischen Erscheinungen im Zusammenhange stehen, als nach Jahren, Monaten, Wochen, Tagen oder Stunden, festgesetzt (bewegliche Zeit).[2]) In letzterem Falle entsteht, da die Jahre und Monate (ja selbst die Tage)[3]) nicht alle gleich lang sind, und überdies der Ausdruck „Tag" in verschiedenen Bedeutungen[4]) gebraucht wird, die Frage, was im Zweifel unter einem solchen Zeitabschnitte zu verstehen ist.

In dieser Beziehung bestimmt das b. G. B., hauptsächlich in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte[5]), im §. 902, daß nach dem Gesetze 24 Stunden für einen Tag[6]), 30 Tage für einen Monat und 365 Tage für ein Jahr gehalten werden. Diese Berechnung greift also immer Platz, wenn das Gesetz einen Zeitraum nach Tagen, wie z. B. in den §§. 201, 384, 439, 967, 982, 925 u. s. w., nach Monaten, wie in den §§. 73, 120, 138, 156, 599, 1116 u. a., oder nach Jahren, wie in den §§. 933, 1376, 1466 u. a. bestimmt.[7]) Der Schalttag wird also als besonderer Tag gerechnet.[8])

---

55) So Winiwarter V. §. 153.

56) S. Unger a. a. O. Note 78.

1) Vgl. insbes. Johanny über Zeitrechnung in der G. H. 1865 Nr. 16, Geller über Zeitberechnung in der G. Z. 1872 Nr. 99—101. Auch Winiwarter die Zeitrechnung in der Anwendung auf Rechtsverhältnisse in d. Ztschr. f. österr. R. G. 1842 II. S. 321 f. Hölder die Theorie der Zeitberechnung nach röm. R. Göttingen 1873.

2) Savigny S. 319, Kirchstetter S. 325.

3) Die Länge des Tages weicht nämlich im Februar und November nach zwei verschiedenen Seiten von dem mittleren Durchschnitt um mehr als 15 Minuten ab, so daß die größte Differenz unter zwei wirklich vorkommenden Tageslängen mehr als 30 Minuten beträgt. Savigny S. 325 f.

4) So versteht man unter Tag bald den Zeitraum von einer Mitternacht zur andern (Kalendertag), bald den bloßen Lichttag, bald unbestimmt einen Zeitraum von 24 Stunden mit beliebigem Anfangspunkt (beweglicher Tag).

5) Nämlich nach der herrschenden, jedenfalls richtigen Ansicht von Savigny S. 336 ff., Bangerow I. §. 194 S. 379, Puchta §. 74, Arndts §. 88 u. A., welche mit §. 902 bis auf den einzigen Punkt übereinstimmt, daß das röm. R. den Schalttag nicht als besonderen Tag rechnet. Eine andere Ansicht will aber auch eine Abweichung in Betreff der Monatslänge herausgefunden haben; darüber vgl. Unger S. 288 Note 11.

6) Demgemäß rechnet das Gesetz im Allgemeinen nach beweglichen Tagen und nur der letzte Tag ist nach §. 903 immer ein Kalendertag; kurz §. 902 spricht von beweglichen, §. 903 von Kalendertagen. Die Anwendung dieses wichtigen Satzes weiter unten.

7) Ein halbes Jahr ist jedoch nicht $= 365/2$, sondern 30×6 Tage; Unger II. S. 287 Note 10; A. A. Geller Nr. 100.

8) Unger S. 303, 305, Kirchstetter

Digitized by Google

Hiebei bleibt aber noch immer die Frage offen, was Rechtens ist, wenn derlei Zeiträume durch den Willen der Parteien oder des Richters festgesetzt worden sind. Dies ist offenbar eine Interpretationsfrage, welche am richtigsten durch die Berücksichtigung des wahrscheinlichen Willens der Parteien beantwortet wird. Da im gemeinen Leben nach dem Kalender gerechnet wird, und derjenige, welcher eine Wohnung am 1. Jänner auf 6 Monate miethet, die Zeit bis Ende Juni, nicht aber 6 mal 30 Tage im Sinne hat, und derjenige, der am 15. irgend eines Monats ein Darlehen auf 3 Monate aufnimmt, wieder nur an den 15. des dritten darauf folgenden Monats als Zahlungstag denkt, so ist es klar[9]), daß in solchen Fällen nicht die Berechnungsweise des §. 902, sondern die Kalenderberechnung Platz greift, was schon durch den Ausdruck: „nach dem Gesetze" vermöge des hier zulässigen arg. a contr. gerechtfertigt wird.[10])

Handelt es sich um die Berechnung eines gewissen Alters und die davon abhängige Frage, ob die damit verbundene erweiterte Rechts- und Handlungsfähigkeit eingetreten sei, so ist gleichfalls nicht der Maßstab des §. 902, sondern die Kalenderberechnung anzuwenden, weil hier das Gesetz die Zahl der Jahre nicht unmittelbar, sondern durch Berufung auf ein bestimmtes Alter festsetzt, der Begriff desselben aber im gemeinen Leben ohne Rücksicht auf die verschiedene Länge der Sonnenjahre immer erst mit einem Geburtstage als erreicht angesehen wird.

S. 326, Geller Nr. 99, 101. — Darauf ist namentlich bei Berechnung der Verjährung und Ersitzung Rücksicht zu nehmen, welche hienach nicht nothwendig mit dem dem Anfangstage der Zahl nach entsprechenden Endtage geschlossen wird. (Dagegen Entsch. G. H. 1863 Nr. 12 [= Sammlung IV. Nr. 1491.]). — Der Schalttag ist nicht der 29., sondern der 24. Febr. eines Schaltjahres, als der an der Stelle des früheren römischen Schaltmonats (Mercedonius) von Cäsar zwischen dem 23. und 24. Febr. (d. i. zwischen die Feste Terminalia und Regifugium) eingeschaltete Tag; wer daher am 26. Febr. eines gemeinen Jahres geboren ist, feiert in einem Schaltjahre seinen Geburtstag am 27., dies beweist die Verschiebung der Heiligenfeste an diesen Tagen. Vgl. bes. Savigny §. 192—194, Bangerow I. §. 197, Unger S. 303—311. — Nach dem Str. G. (Einf. Ges. Art. VIII.) gilt hingegen die Kalenderberechnung.

9) Doch bestreitet diese Auffassung Geller Nr. 100 mit Hinweisung auf die M. R. zu §. 902, aus welcher hervorgehe, daß dieser §. eine Dispositivvorschrift (richtiger: eine gesetzliche Interpretationsregel) enthalte; der §. 902 gelte also, möge das Gesetz oder der Wille der Parteien eine Frist festgesetzt haben.

10) Ein wichtiges Argument hiefür gibt die W. O. Art. 32, wonach, wenn die Zahlungsfrist nach Monaten oder Jahren bestimmt ist, der Wechsel an demjenigen Tage des Zahlungsmonates verfällt, der durch seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht. Natürlich gilt dann auch die weitere Regel, daß, wenn diese Zahl im Zahlungsmonate fehlt, der Verfallstag der letzte Tag des Zahlungsmonats ist. Ebenso H. G. B. Art. 328. Der gleichen Ansicht sind für das österr. R. Unger S. 289 Note 14, Kirchstetter S. 325, für das gemeine Savigny S. 341—343, Holzschuher I. S. 370. — Eine richterlich nach Monaten festgesetzte Frist, z. B. eine 6monatliche Pränotationsrechtfertigungsfrist, ist nicht nach §. 902, sondern nach dem Kalender zu berechnen (Pl. E. G. Z. 1871 Nr. 100 [nicht enthalten in den Sammlungen]).

Digitized by Google

Bei der Berechnung der Zeiträume kommt es immer auch auf die genaue Ausmittlung des Endpunktes des Zeitraumes an. In dieser Beziehung wäre es freilich am natürlichsten, als Endpunkt jenen Zeitmoment anzusehen, welcher der den Anfangspunkt des Zeitraumes bildenden juristischen Thatsache der Tageszeit nach vollkommen entspricht, also z. B. eine dreijährige Ersitzung um dieselbe Stunde des letzten Tages des dritten Jahres vollendet sein zu lassen, um welche am Anfang dieses Zeitraumes der Besitz ergriffen wurde; der mathematische Endpunkt würde, wie Savigny[11]) sagt, mit dem juristischen vollkommen zusammenfallen (sog. Naturalcomputation). Allein in der Ausführung würde dies auf unübersteigliche Hindernisse stoßen, nicht nur, weil es an Instrumenten fehlt, mittelst welcher auch die kleinsten Zeittheile mit vollkommener Zuverlässigkeit bestimmt werden könnten, und weil selbe nicht immer bei der Hand sind, sondern auch, weil die Parteien auf die kleinsten Zeittheile, selbst auf die Stunde, regelmäßig nicht ihre Aufmerksamkeit zu wenden pflegen. Alles, was von ihnen gefordert werden kann, ist, den Tag, mit welchem ein Zeitraum beginnen soll, im Gedächtniß zu behalten. Thatsächlich wird auch im gemeinen Leben, wenn in einem Schuldbriefe die Rückzahlung nach einem gewissen Zeitraume bedungen wird, in demselben nur der Tag, nicht auch die Stunde des zugezählten Darlehens oder des sonstigen Geschäftes angemerkt. Diese Betrachtung bewog schon die römischen Juristen[12]), an die Stelle der Naturalcomputation regelmäßig[13]) eine ausführbarere, die sog. Civilcomputation zu setzen, die darin besteht, daß sie den Endpunkt des Zeitraumes immer entweder in den Anfangspunkt oder den Endpunkt des letzten Kalendertages[14]), sonach in eine Mitternachtsstunde verlegen. Der juristische Endpunkt entfernt sich also vom mathematischen, jedoch nie um volle 24 Stunden.

Dieses Princip adoptirte, wie sich dies zunächst aus den Anwendungen im §. 903, wo bald der Anfangs- bald der Endpunkt des letzten Kalendertages einer Frist als juristischer Endpunkt derselben erklärt wird, und aus anderweitigen Verfügungen ergibt, im Allgemeinen auch das a. b. G. B.

Bei der Anwendung der Civilcomputation ist die doppelte Frage zu beantworten: Welcher Kalendertag ist als der letzte der Frist anzusehen? Und wann gilt die vorausgehende, wann die nachfolgende Mitternacht desselben als der juristische Endpunkt der Frist?

---

11) System IV. S. 345.

12) L. 134 D. de V. S. 50. 16, und nach ausführlicher L. 8. D. de feriis 2. 12: More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his viginti quatuor horis i. e. duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, atque quavis hora lucis actum esset.

13) Denn es besteht die Ausnahme in Betreff der Berechnung der Minderjährigkeit als Bedingung der in int. restitutio. Vgl. Puchta Pand. §. 75 Note b, Savigny S. 363. Zu anderen Zwecken wird die Minderjährigkeit oder Großjährigkeit im röm. R. immer nach den Grundsätzen der Civilcomputation berechnet.

14) Im Gegensatze zum beweglichen Tage, der einen beliebigen Anfangspunkt haben kann.

Digitized by Google

Die erste Frage wird bald dahin beantwortet[15]), daß derjenige Kalendertag, in welchen die den Anfangspunkt der Frist bildende juristische Thatsache fällt, als ganzer in die Frist einzurechnen, also bei einer einjährigen Frist immer der dem gleichzahligen Tage des folgenden Jahres vorausgehende Tag als der letzte der Frist anzusehen ist — bald dahin[16]), daß derjenige Tag als der letzte angesehen werden muß, in dessen Umfang der mathematische Endpunkt der Frist fällt[17]), so daß nach dieser Auffassung die Frist um Einen Tag später abläuft, als nach der vorigen Berechnung. Für das österreichische Recht ist offenbar die zweite Meinung die richtige, nicht nur, weil sie die natürliche ist und allein der Absicht des Gesetzgebers, den verschwindend kleinen mathematischen Endpunkt in den umfangreicheren des ganzen betreffenden Tages zu umwandeln, entspricht, sondern auch, weil sie die Unzukömmlichkeiten vermeidet, daß in den Fällen, wo die vorausgehende Mitternacht des letzten Jahres als Ausgang der Frist anzusehen ist, dieser Ausgangspunkt möglicherweise selbst um fast 48 Stunden von dem mathematischen entfernt wäre.[18])

Die zweite Frage anbelangend, ist es selbstverständlich, daß regelmäßig die auf den mathematischen Endpunkt zunächst folgende Mitternacht als Endpunkt der Frist angesehen werden muß, weil, wenn die vorausgehende der Endpunkt wäre, nicht derjenige Kalendertag, in dessen Umfang

15) Diese Ansicht vertreten: Puchta Vorl. I. S. 171, Bangerow I. S. 390, Böcking §. 122, Arndts §. 89 A. 5, Unger S. 299, Kirchstetter S. 326, Geller Nr. 100.

16) So Savigny S. 359, 367, Sintenis I. S. 234, Holzschuher I. S. 365, ferner Keller §. 73, doch nur für das heutige, nicht auch für das reine röm. R., Johanny G. H. 1865 Nr. 16.

17) Der wesentliche Unterschied dieser Berechnung von der vorigen ist der, daß jener Kalendertag, in dessen Umfang der Anfangspunkt der Frist fällt, in letztere niemals, also auch dann nicht eingerechnet wird, wenn die dem mathematischen Endpunkte vorausgehende Mitternacht den Endpunkt der Frist bildet. Denn in diesem Falle wird der letzte Kalendertag als begonnen und sonach als vollendet angesehen (Dies coeptus pro completo habetur).

18) Für diese Ansicht spricht auch der Umstand, daß das Gesetz nirgends anordnet, daß derjenige Tag, in dessen Umfang der mathematische Anfangspunkt fällt, in die Frist eingerechnet werde; wohl aber finden sich für die Berechnung der processualischen Fristen (Note 19), der Verfallszeit eines Wechsels (W. O. Art. 32) und andere Fälle gerade entgegengesetzte Weisungen. (Freilich behauptet Geller Nr. 100, die Stylisirung des Art. 32 W. O. Art. 328 H. G. B. sei eine verfehlte; in der That gehe aus dem Inhalt dieser Gesetzesstellen hervor, daß der Tag, an welchem der nach dato zahlbare Wechsel (u. s. w.) ausgestellt ist, in die Frist eingerechnet werde). Der hier vertretenen Ansicht entspricht auch die gemeine Berechnungsweise, nach welcher, wenn eine Frist von einem Tage bis zu einem andern festgestellt wird, wohl der letzte, nicht aber der erste Tag eingerechnet wird, und wiewohl die ältere Berechnungsweise, wie z. B. in der Redensart: „in 8 Tagen" entgegen ist, so ist die neuere entschieden dafür, und Savigny S. 615 bemerkt, daß sie als „elegantere und genauere" gerade ein Zeichen der neueren und richtigeren Ausdrucksweise ist, und sich daher (im Gegensatz zur vulgären römischen Sprachweise) schon bei den Römern in öffentlichen Urkunden findet. Auch kann als Beleg für diese Anschauung angeführt werden, daß §. 902 den Tag als Zeitraum von 24 Stunden, und somit als letzten Kalendertag einer Frist denjenigen erklärt, an welchem der letzte bewegliche Tag von 24 Stunden abläuft.

Digitized by Google

der mathematische Endpunkt fällt, sondern der vorausgehende der letzte wäre. Dies ist so selbstverständlich, daß es von der österreichischen Gesetzgebung nur in einzelnen Anwendungen ausgesprochen wird, so bei der Berechnung der im gerichtlichen Verfahren vorkommenden Fristen, in welche der Tag der Zustellung nicht eingerechnet werden darf [19]) (Hofd. v. 20. Juni 1782, Nr. 55 lit. b, §. 524 Gal. G. O., §. 7 d. Pat. v. 9. August 1854, §. 81 d. Grundb. G. v. 1871), bei der Berechnung des Verfallstages eines nach einer gewissen Zahl von Tagen nach Sicht oder nach dato zahlbaren Wechsels (W. O. Art. 32).[20]) Diese Berechnung muß daher nach österreichischem Rechte umsomehr als die regelmäßige gelten, als dasselbe durch die Anordnung des §. 902 offenbar zugleich die Auffindung des letzten Tages durch Fortzählung mittelst 24stündiger Zeiträume — von dem Momente der bestimmten juristischen Thatsache an — regelt.

Von dieser Regel macht aber schon das römische Recht die Ausnahme, daß, wenn es sich um den Erwerb von Rechten in Folge abgelaufener Frist handelt, schon der bloße Beginn des letzten Tages so anzusehen ist, als wäre er vollendet worden (Dies ultimus coeptus pro completo habetur), und beschränkte daher die Geltung der Regel auf die Fälle des Verlustes eines Rechtes oder des Eintrittes eines sonstigen rechtlichen Nachtheils.[21]) Diese Abweichung sanctionirte auch das österr. G. B., indem es §. 903 verfügt, daß ein Recht, dessen Erwerbung an einen bestimmten Tag gebunden ist, mit dem Anfange des Tages erworben ist.[22]) Die Beantwortung der

---

19) Diese Berechnung der Proceßfristen, und zwar vom Tage der Insinuation an, war (Savigny S. 414, Unger S. 296 Note 17 u. A.) von jeher gemeinrechtliche Praxis, weshalb die A. G. O. gar nicht nothwendig fand, dieselbe besonders festzustellen. Erst das Hofd. v. 20. Juni 1782 Nr. 55 lit. c. bestimmte: „Die Frist einer gerichtlichen Verordnung sei allerdings vom Tage der an die Partei, gegen welche sie wirken soll, geschehenen Zustellung an zu rechnen." Die Frage, ob der Zustellungstag einzurechnen sei, wurde hier nicht einmal berührt, ein Beweis, daß sie damals noch gar nicht zweifelhaft war; erst spätere Gerichtsordnungen berühren sie. Für die Länder, in welchen die A. G. O. gilt, gibt es also hiefür noch heute keine gesetzliche Entscheidung, und dennoch war die Praxis keinen Augenblick im Zweifel.

20) Ebenso bei Handelsgeschäften nach Art. 328 H. G. B.

21) Dies ist die herrschende Meinung. Ihr folgen z. B. Savigny S. 351, 387, 404, Puchta Pand. §. 75, Arndts §. 89, Holzschuher I. S. 366 f., Bangerow I. S. 388. Der Einwendung, daß mit jedem Rechtsgewinn für den Einen zugleich ein Rechtsverlust auf Seite des Gegentheils verbunden ist, begegnet Savigny S. 352 Note c damit, „daß die Rücksicht auf letzteren offenbar eine untergeordnete ist, so daß die Rechtsregel unmittelbar nicht an ihn gerichtet ist, sondern an ersteren, dessen Thätigkeit oder Unthätigkeit Grund einer Rechtsveränderung sein soll."

22) Unger S. 303 Note 32 will diesen §. ganz ignoriren und behauptet, er gehöre gar nicht hieher; er bestreitet daher auch diese Deutung im preuß. L. R. I. 3. § 46, 47, aus welchen offenbar §. 903 entnommen wurde; allein vgl. Savigny S. 420, Dulheuer preuß. R. S. 15. Der cod. civ. art. 2260 f. hat diese Unterscheidung ganz aufgegeben und fordert immer den Ablauf des ganzen letzten Kalendertages. Savigny S. 420 f. — Mit dem Text übereinstimmend Johanny a. a. O. Dagegen behauptet Zródłowski Unterſ. (1872) S. 106 f., daß die Ersitzung (s. alsbald im Text) immer erst mit dem Ablauf des letzten Tages eintrete; ebenso stimmt Kirchstetter S. 326 mit Unger, desgleichen

Digitized by Google

obigen Frage geht also nach österreichischem Rechte dahin, daß in allen Fällen, wo der Ablauf einer Frist den Erwerb von Rechten oder rechtlichen Vortheilen bewirken soll, die dem mathematischen Endpunkte unmittelbar vorausgehende, in allen übrigen Fällen die nachfolgende Mitternacht als juristischer Endpunkt der Frist zu gelten hat.

Demgemäß hat derjenige, der am 1. Januar 1851 den sog. Usucapionsbesitz einer beweglichen Sache erlangte, dieselbe mit Anfang des 1. Jänner 1854 ersessen (§. 1466)[23]; wer am 1. März 1820, wenn auch in einer Abendstunde, geboren wurde, erlangt mit der ersten Stunde des 1. März 1834 die Testirungsfähigkeit (§. 569)[24], wird mit Beginn des 1. März 1844 großjährig, und kann unter Voraussetzung der sonstigen Erfordernisse in jeder beliebigen Stunde des 1. März 1870 adoptiren (§. 180). Hinterläßt jemand eine Witwe, so läuft für diese die im §. 120 normirte sechsmonatliche Verbotsfrist der Wiederverehelichung mit dem Anfange desjenigen Tages ab, der nach obiger Berechnung als der letzte der Frist erscheint.[25]

Hingegen läuft die Verjährung mit der letzten Stunde des letzten Tages der Verjährungsfrist ab[26], so daß, wenn z. B. ein Depositar die deponirte Sache am 1. März zurückstellt, und für die zur Erhaltung derselben verwendeten Kosten den nach §. 967 in 30 Tagen verjährenden Ersatzanspruch stellen will, diesen am 31. März mit vollem Erfolge anbringen kann. Die gleiche Berechnung gilt für den Ablauf der in den §§. 201, 156, 439, 1243, 176, 599, 1075, 1082, 925, 384, 1232 u. a. angeführten, und Fälle des Verlustes eines Rechtes oder des Eintrittes eines sonstigen Nachtheiles betreffenden Fristen.

Den Grund einer verschiedenen Behandlung der Fristen, je nachdem es sich bei denselben um den Erwerb oder Verlust eines Rechtes handelt, findet Savigny[27] in dem Umstande, daß man es hier mit einer partiellen Unbestimmtheit zu thun hat, die nothwendig einem von beiden Theilen zu guten kommen muß; eine solche Unbestimmtheit erscheint auch in anderen Rechtsverhältnissen nicht selten, und sie kommt dabei stets demjenigen zu guten, von dessen Handlung die Rede ist. So hat bei einer alternativen oder generischen Forderung der Schuldner die Wahl, welches Individuum oder welche Qualität er geben will (§. 906); umgekehrt hat bei einer der Zeit nach ganz unbestimmten Forderung der Gläubiger die Wahl, wann er klagen will (§. 1417). Dieses Princip, auf den vorliegenden Fall angewendet, führt auf folgende Behandlung: Soll durch den Ablauf eines Zeitraumes ein Recht erworben werden, wie

---

Geller Nr. 101, welcher meint, der §. 903 handle gar nicht von der Berechnung vor Zeiträumen, sondern nur von dem Falle, wenn für den Eintritt einer Rechtswirkung oder für die Vornahme einer Rechtshandlung ein gewisser Zeitpunkt bestimmt ist. Er beruft sich auf Stubenrauch, Winiwarter und Pachmann.

23) Savigny S. 367 f.

24) Savigny S. 382 vgl. S. 411.

25) Ebenso nach röm. R. hinsichtlich des sog. Trauerjahres. Savigny S. 411.

26) L. 6. D. de O. et A. 44. 7: „nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.“ Savigny S. 389 f., 413.

27) System IV. S. 350—352.

Digitized by Google

bei der Ersitzung, so ist die vorhergehende Mitternacht als juristischer Endpunkt anzunehmen, weil bei der angegebenen Unbestimmtheit der Erwerber befugt ist, in jedem Moment des ganzen Kalendertages den Erwerb als vollendet anzusehen. Soll dagegen durch den abgelaufenen Zeitraum ein Recht verloren werden, wie bei der Klagenverjährung, so muß die nachfolgende Mitternacht der maßgebende Zeitpunkt sein, weil der Klagberechtigte, gleichfalls wegen jener Unbestimmtheit, in jedem Moment des Kalendertages behaupten kann, daß er noch zu rechter Zeit klage.[28])

Dieses Princip wird insbesondere entscheidend, wenn an den Ablauf eines Zeitraumes oder an einen bestimmten Tag die Verpflichtung zur Leistung einer Verbindlichkeit gebunden ist, indem in diesem Falle der Zeitablauf ebensogut mit einem Rechtsvortheil, als mit einem Rechtsnachtheil verbunden ist, ohne daß der eine oder der andere als ein primärer hervorträte. Hier entscheidet das G. B. ganz richtig, daß diese Unbestimmtheit dem Schuldner zu Statten kommt (§. 903)[29]), denn von seiner Handlung ist die Rede. Umfaßt die Unbestimmtheit noch längere Zeiträume z. B. Wochen, Monate oder gar Jahre, so gilt ganz das gleiche Princip (§. 687). Es ist daher bei jenen Legaten, welche nach §. 685 erst nach einem Jahre vom Tode des Erblassers gefordert werden können, zwar der Jahrestag des Todes zugleich der Verfallstag der Legate; das Klagerecht der Legatare entsteht aber erst mit dem nächstfolgenden Tage.

Es kommen Fälle vor, in denen ein Zeitraum kraft Festsetzung der Parteien oder des Gesetzes, um eine Wirkung hervorzubringen, wesentlich überschritten werden muß, oder in denen ein Recht von einer außerhalb des Zeitraumes liegenden Thatsache abhängig gemacht wird. In solchen Fällen gilt, ohne Unterschied, ob es sich um den Erwerb oder Verlust eines Rechtes handelt, die oben erwähnte regelmäßige Berechnung des Zeitraumes, d. i. es muß die bestimmte Summe der Kalendertage ganz vollendet sein, damit von einer Ueberschreitung der Frist gesprochen werden könne, weil dies im Begriffe dieses Wortes liegt.[30]) Daher muß im Falle des §. 1116 zwischen dem Momente der Aufkündigung und der Beendigung der Miethe die volle Aufkündigungszeit verflossen sein, ohne daß von der in dem Grundsatze: dies coeptus etc. liegenden Abkürzung die Rede sein könnte, und in den Fällen der §§. 138 und 163 müssen zwischen dem Momente der Beiwohnung bezw. des Bestandes der Ehe und der Geburt des Kindes volle 180 Kalendertage abgelaufen sein, damit von der Ver-

---

28) Windscheid §. 103 (ihm folgt Kirchstetter S. 326) sagt: Wird der Zeitpunkt nur durch die Nennung des betreffenden Kalendertages bestimmt, dann leistet jeder Moment des Tages der Bestimmung Genüge; handelt es sich um einen Zeitraum, so ist er nicht vor dem letzten Momente des bezeichneten Tages als abgelaufen anzusehen, möglicherweise kann aber der Sinn der sein, daß der Zeitraum nur bis an den Anfang des bezeichneten Tages gehen soll.

29) §. 2. J. de V. O.: . . . ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, prius quam is praeterierit.

30) Savigny S. 352, 412.

Digitized by Google

muthung der Vaterschaft gesprochen werden könne.[31]) Ebenso muß der im §. 138 normirte Zeitraum von 10 Monaten resp. 300 Kalendertagen überschritten sein, um darauf die gegentheilige Vermuthung der Unehelichkeit eines Kindes basiren zu können (§. 155).

Die Regel, daß im Allgemeinen die Civilcomputation Platz greife, erleidet nach österreichischem Recht eine nothwendige Ausnahme, wenn ein Zeitraum nach kleineren Zeitabschnitten als nach Tagen z. B. nach Stunden, wie in den §§. 862, 924, 1075, 1116 bestimmt ist[32]), weil sich die Civilcomputation wesentlich auf die Berechnung nach Tagen und solchen Zeiträumen, die aus Tagen zusammengesetzt sind, stützt.

Auf die Berechnung der Zeiträume hatte im römischen Recht auch die Einrichtung Einfluß, daß bei einjährigen und kürzeren Fristen zuweilen diejenigen Tage nicht gezählt wurden, an denen kein Gericht gehalten oder der Berechtigte sonst[33]) an der Geltendmachung seines Rechtes gehindert wurde (tempus utile im Gegensatz zum tempus continuum).[34]) Diese Einrichtung wurde in den nachrömischen Zeiten durch die Continuität der Rechtspflege bedeutend geschmälert[35]) und besteht in Oesterreich nicht mehr.[36]) Jedoch kennt die A. G. O. (§§. 376—380) einen Nachklang derselben in den sog. Gerichtsferien, und das Bergrecht (Berggef. §. 227), das H. G. B. (Art. 329, 330) sowie die W. O. (Art. 92) eine Verlängerung der Frist, wenn der letzte Tag derselben ein Sonntag oder ein allgemeiner Feiertag ist. Jedoch läßt nicht einmal diese Abweichung von der Regel eine Ausdehnung auf die durch Verabredung oder durch das a. b. G. B. festgesetzten Fristen zu.[37])

---

31) So wurde auch in den in der G. Z. 1859 Nr. 149 und 1865 Nr. 41 [= Samml. II. Nr. 852, V. Nr. 2157] enthaltenen Fällen — also gegen Unger's Meinung — entschieden. Dagegen wurde in einem anderen Paternitätsproceß (G. Z. 1860 Nr. 65 [= Sammlung II. Nr. 1029] die Kalenderberechnung, und in einem weiteren, jedoch nur durch die zwei ersten Instanzen gelaufenen (G. H. 1860 Nr. 42) die Naturalcomputation angenommen. In Plen. E. G. Z. 1865 Nr. 41, E. G. Z. 1869 Nr. 53 und Pl. E. G. Z. 1871 Nr. 34 [= Sammlung II. Nr. 852, VII. Nr. 3373, IX. Nr. 4028] ist ausgesprochen, daß bei der Berechnung der Frist des §. 163 die Bestimmung des §. 902 maßgebend sei; in einem G. Z. 1870 Nr. 80 [= Samml. VIII. Nr. 3862] mitgetheilten Falle, in welchem der Beklagte gestand, der Mutter des am 23. April 1869 geborenen unehelichen Kindes am 23. Juni 1868 beigewohnt zu haben, wurde dieses zum Beweise der Vaterschaft als genügend und die Geburt als am 300. Tage erfolgt angesehen, und zwar mit Berufung auf §. 902, nach welchem der Monat (also Kalendermonat) zu 30 Tagen zu rechnen ist.

32) Vgl. Unger S. 293 Note 5.

33) Z. B. durch Kriegsgefangenschaft, Staatsdienst, Gefängniß, Stürme, Krankheit — vorausgesetzt, daß man keinen Stellvertreter senden kann. Savigny S. 429 f.

34) Vgl. Savigny S. 421—453, Bangerow §. 195, Unger S. 311 f., Puchta Pand. §. 76.

35) Savigny S. 432 f.

36) Das österr. R. hat die meisten dieser Gründe in dem Institut der Hemmung der Verjährung untergebracht (§§. 1494—1496), welches Aehnlichkeit mit dem tempus utile hat.

37) Dagegen zuweilen die Praxis; vgl. z. B. Entsch. G. H. 1859 Nr. 47 [fehlt in den Sammlungen], 1862 Nr. 6 [= Sammlung III. Nr. 1374]; wie der Text: Entsch. G. Z. 1869 Nr. 28 [= Sammlung VII. Nr. 3263].

Digitized by Google

§. 148. Rechtliche Natur und Eintheilung der Klagsansprüche.

Jedes Rechtsverhältniß involvirt (oben) einen Anspruch, entweder gegen Jedermann oder nur gegen bestimmte Personen auf ein demselben conformes Verhalten.[1]) So lange dieses Verhalten vorhanden, der Anspruch also ein befriedigter ist, bedarf es eines besonderen Rechtsschutzes für denselben nicht. Anders, wenn auf Seite der verpflichteten Personen das dem rechtlichen Anspruche entsprechende Verhalten fehlt[2]): dadurch tritt derselbe in ein neues Stadium, in den Zustand, in welchem man im Wege der gerichtlichen Klage von dem Verpflichteten fordern kann, daß er sein Verhalten dem Anspruche conform gestalte; der Anspruch wird nun ein klagbarer, er wird zum Klagsanspruch oder Klagerecht[3]), man nennt ihn auch geradezu Klage (actio)[4]), — ein Ausdruck, der freilich insofern irreführend ist, als er leicht eine Verwechslung mit der Klage als Klaghandlung veranlaßt, in welch' letzterem Sinne die Lehre von der Klage dem Proceßrecht angehört, gleichwohl aber nicht unbeachtet bleiben darf, weil er, wie im römischen Rechte[5]), so auch in der heutigen Doctrin herrschend

---

1) Z. B. das Eigenthumsrecht den Anspruch gegen Jedermann, das Eigenthum nicht zu verletzen, das Darlehen nur einen Anspruch auf Zahlung gegen den Schuldner.

2) Dies kann auch der Fall sein, ohne daß das dem Anspruch entsprechende Verhalten von dem Verpflichteten verweigert worden wäre. Vgl. Note 4.

3) Richtiger bedeutet indessen „Klagerecht" die Befugniß zu klagen, welche von dem einzuklagenden Rechte wohl zu unterscheiden ist. Vgl. Windscheid §. 106 Note 1: „Wenn die Römer von actio reden, so wollen sie nicht das specifische Moment der Klagbefugniß, das Moment der Befugniß, das Gericht anzurufen, im Gegensatze der Berechtigung an sich hervorheben, sondern sie wollen die Berechtigung selbst bezeichnen .... Wenn wir heutzutage von Verjährung der „Klagen" reden, so unterliegen wir fortwährend der Gefahr, aus dem specifischen Moment der Klagbefugniß Consequenzen abzuleiten, welche sehr unrömisch sind". — Ueber das Verhältniß von Anspruch und actio vgl. weiter Bekker die Actionen des röm. Priv. R. I. 1871.

4) Savigny S. 2—5. Unger S. 354. Mit Unrecht verbindet Windscheid (§§. 44, 108 Note 4) mit dem Ausdruck Klagerecht den Gedanken, es müsse eine vorläufige Verweigerung der Befriedigung des Anspruches vorausgegangen sein, und behauptet darum (§. 122 Note 4), daß, wenn der Berechtigte früher klagt, als der Verpflichtete erklärt hat, dem Anspruche des Ersteren nicht genügen zu wollen, und der Beklagte sohin erklärt, daß er gar nicht gesonnen sei, sich seiner Leistungspflicht zu entziehen, die Klage abgewiesen werde. Dies ist wenigstens nach österr. Rechte nicht der Fall, und auch Windscheid bekennt, daß die Römer dem Berechtigten actio auch vor der Verweigerung der Befriedigung seines Anspruchs, ja vor der Rechtsverletzung (d. h. Nichtbefriedigtheit, trotzdem, daß befriedigt worden sein sollte) zuschreiben. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sind darüber sehr getheilter Meinung; einige nehmen ein Klagerecht schon an mit der Nichtbefriedigtheit des Anspruchs, andere erst mit der Rechtsverletzung, noch andere erst nach erfolgter Weigerung, die Verletzung wieder gut zu machen; siehe Windscheid a. a. O.

5) L. 51. D. de O. et A. 44. 7 (cf. pr. J. de act. 4. 6.): Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi. Mit Recht macht Windscheid §. 43 Note 1 darauf auf-

Digitized by Google

ist, und auch im b. G. B. (§§. 982, 1097, 1319, 1489, 1490)[6]) in diesem Sinne d. h. als materiellrechtlicher Begriff gebraucht wird.

Der Anspruch des Einzelnen ist aber oft gar nicht auf ein bestimmtes Thun oder Lassen Anderer, sondern lediglich auf eine Anerkennung einer relevanten juristischen Thatsache gerichtet. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine Rechtsveränderung handelt, die ihrer Natur nach wesentlich vom Gerichte ausgehen muß[7]), oder wenn es nur um die gerichtliche Feststellung irgend einer bezweifelten oder bezweifelbaren juristischen Thatsache zum Zwecke der Hintanhaltung künftiger Bestreitung zu thun ist.[8]) In Fällen dieser Art gilt der Anspruch so lange als nichtbefriedigt, als nicht die Anerkennung von Seiten des Gegners erfolgt ist.[9])

Die charakteristischen Merkmale des einzelnen Klagsanspruches, durch welche er sich von allen anderen Klagsansprüchen unterscheidet, sind a) der Klagegrund d. h. das demselben zu Grunde liegende Rechtsverhältniß und b) der Klagsgegenstand, d. i. dasjenige, worauf der Klagsanspruch gerichtet ist.[10]) Nach dieser zweifachen Richtung theilen sich denn auch die Klagsansprüche in verschiedene Gruppen.

In der ersten Beziehung werden sie eingetheilt in persönliche (actiones in personam) und unpersönliche (sachliche, actiones in rem), je nachdem sie aus einem relativen oder absoluten Anspruch erwachsen sind. Persönliche Klagsansprüche sind also alle jene, die auf Geltendmachung eines obligatorischen, unpersönliche jene, die auf Geltendmachung eines anderen Rechtsverhältnisses gerichtet sind[11]); zu den letzteren gehören mithin nicht nur die aus dinglichen Rechten hervorgehenden Klagsansprüche (die sog. dinglichen Klagen), sondern auch jene auf Geltendmachung des Erbrechtes, der Familienrechtsverhältnisse und des Besitzes.[12]) Die Benennung beider

---

merksam, daß dem römischen Rechte eine Redeweise durchaus geläufig ist, in welcher die Thatsache genannt wird zur Bezeichnung des Rechtes. Die Ausdrücke usus fructus, pignus, emphyteusis, superficies gehen zunächst auf etwas Thatsächliches und sind doch ganz gebräuchliche Bezeichnungen des Rechtes; das Nämliche gilt auch von dem Ausdruck actio (Windscheid §. 44 Note 1).

6) In gleichem Sinne steht der Ausdruck „Klagerecht" in den §§. 523, 1432, 1490.

7) Z. B. Entstehung oder Erlöschung eines Rechtes durch grundbücherliche Eintragung, Rescission eines anfechtbaren Rechtes oder Geschäftes.

8) Z. B. der Paternität, der Richtigkeit eines Testamentes.

9) Hierauf ist alles Gewicht zu legen. Der Anspruch auf Anerkennung der juristischen Thatsache Seitens des Gegners ist das privatrechtlich in Betracht Kommende. Der Anspruch auf staatliche Mithilfe ist kein privatrechtlicher, und das Gericht kann in gewissen Fällen eine Rechtsveränderung gar nicht vornehmen, so lange die maßgebende Anerkennung nicht vorliegt.

10) Vgl. Unger S. 357, 365 f. A. G. O. §§. 21, 49. Auf dieser Unterscheidung beruht auch die Bestimmung des §. 823 b. G. B. darüber, wann die Erbschafts- und wann die Eigenthumsklage statthaft ist.

11) §. 1. J. de act. 4. 6. Savigny §. 206—209, Arndts §. 97, Puchta §§. 83, Vangerow §. 136, Windscheid §. 45, Unger S. 358 f.

12) Savigny S. 18, 22, Arndts §. 97, Windscheid §. 45, Unger S. 361, welche jedoch auch die Statusklagen, nicht aber die Besitzklagen hieher rechnen. Allein die ersteren fallen

Digitized by Google

Gruppen rührt daher, daß die persönlichen Klagsansprüche schon ursprünglich gegen die bestimmte Person gerichtet sind, während die unpersönlichen aus Ansprüchen entspringen, die ursprünglich gegen Jedermann gehen[13]), und erst durch die mangelnde Befriedigung von Seiten einer bestimmten Person eine specielle Richtung gegen diese und einen speciellen Inhalt annehmen. An sich aber sind sowohl die unpersönlichen wie die persönlichen Klagsansprüche gegen einen bestimmten Gegner gerichtet, der dem Klagberechtigten gegenüber ungefähr in der Stellung eines Schuldners steht. Jene nehmen wie diese die Gestalt von Forderungen an, gewinnen viel Aehnlichkeit mit einer solchen, und darum haben sich Manche verleiten lassen, die Klagsansprüche als besondere dem Obligationenrechte angehörende Rechte aufzufassen[14]), während sie thatsächlich nur die Fortentwickelung der ursprünglichen absoluten oder relativen Ansprüche, und daher auch in dieser Umwandlungsphase mit denselben von einerlei Natur sind.[15])

Zur näheren Bezeichnung der einzelnen persönlichen und unpersönlichen Klagsansprüche dienen, je nachdem sie in die eine oder die andere Classe gehören, verschiedene Benennungsmomente. Die persönlichen Klagsansprüche bezeichnet man, um ihren Inhalt prägnant auszudrücken (wie die

---

heutzutage dem öffentlichen Rechte anheim, die letzteren aber sind keineswegs, wie man gewöhnlich annimmt, Delictsklagen, da für sie der Grundsatz des §. 1305 b. G. B. nicht gilt, und sie im §. 308 unter die unpersönlichen Klagen versetzt erscheinen. — Der ältere Sprachgebrauch beschränkte den Begriff der actio in rem auf das Sachenrecht, und dies wurde herbeigeführt durch eine täuschende Uebereinstimmung von Kunstausdrücken, die man freilich theilweise erst selbst geschaffen hatte, indem man das Sachenrecht jus in rem, das Obligationenrecht jus in personam nannte. Allein der Ausdruck jus in rem (vgl. §. 307 b. G. B.) ist nicht quellenmäßig. Daraus folgt auch, daß der von Manchen gebrauchte Ausdruck: „dingliche Klage" für actio in rem verwerflich ist (Savigny S. 22, 23. Windscheid §. 45 gebraucht abwechselnd die Ausdrücke „unpersönliche" und „sachliche" Klage). Mit Unrecht erklärt Savigny S. 24—28 (vgl. auch Arndts §. 97) die actiones in rem scriptae und einige in rem actiones, die nur gegen bestimmte Personen angestellt werden können (z. B. die hered. pet.) für ein Mittelding zwischen den persönlichen und unpersönlichen Klagen; erstere sind rein persönliche, letztere rein unpersönliche Klagen.

13) Vgl. Savigny S. 24. Der von ihm gewählte Ausdruck, wonach die actio in rem zur Wahrung eines ursprünglich gegen keine bestimmte Person gerichteten und darum unpersönlichen Rechtsverhältnisses dient, ist nicht ganz correct, indem unpersönliche Rechtsansprüche thatsächlich gegen Jedermann gerichtet sind.

14) Vgl. hierüber Savigny S. 3, Unger S. 353.

15) Vgl. Windscheid §. 43 bes. Note 5, wo auch mit Recht darauf aufmerksam gemacht ist, daß es eine Reihe von Lehren gibt, die in der That für beide Arten von Ansprüchen gelten; so die Lehre von der Verschuldung (Unmöglichkeit der Erfüllung), vom Interesse, vom Verzuge, vom Vergleiche u. s. w. Auf dieser Aehnlichkeit von Obligationen und Klagansprüchen beruht es auch, daß auch Klagansprüche cedirt werden können, selbst wenn das ihnen zu Grunde liegende Recht (wie z. B. das Eigenthumsrecht) nicht Gegenstand der Cession ist; ebenso können sie sichergestellt werden, und diesen Gedanken hat auch §. 1342 b. G. B. im Auge. — Theilweise dem nämlichen Thema gewidmet ist die Abh. v. Bekker über das Verh. von actio und obl. in der Ztschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 366—407.

Digitized by Google

ihnen zum Grunde liegenden Forderungen) nach ihrem Entstehungsgrunde; von dieser Art sind die Ausdrücke: Darlehensanspruch (condictio mutui), Verwahrungsanspruch (actio depositi), Klagsanspruch aus der Geschäftsführung (actio neg. gest.), aus der Zahlung einer Nichtschuld (condictio indebiti), Schadenersatzanspruch u. s. w. Die unpersönlichen Klagsansprüche hingegen bezeichnet man nach dem Rechte oder Rechtsverhältnisse, auf dessen Geltendmachung sie gehen, wie: Eigenthums-, Erbschafts-, Paternitätsanspruch u. s. w., ohne auch den Entstehungsgrund, dem das Recht oder Rechtsverhältniß seinen Ursprung verdankt, beizufügen[16]); es ist eben nur auf dem Gebiete des Obligationenrechtes der Entstehungsgrund für die juristische Qualification des daraus hervorgehenden Rechtes maßgebend.

Hinsichtlich des Gegenstandes (oder Inhaltes) zerfallen die Klagsansprüche in condemnatorische und präjudicielle (actiones praejudiciales, praejudicia), je nachdem sie auf eine bestimmte Leistung des Gegentheils gerichtet sind oder nicht.[17]) Zu den ersteren gehören meistens die vermögensrechtlichen, zu den letzteren meistens die familienrechtlichen Ansprüche, da es sich bei den letzteren in der Regel nur um die Feststellung eines bestrittenen familienrechtlichen Verhältnisses, z. B. der Ehe, der Paternität u. s. w. handelt[18]); es können aber allerdings vermögensrechtliche Ansprüche auch bloß als präjudicielle (wie z. B. bei der Aufforderungsklage §. 66 a. G. O.)[19]), und umgekehrt familienrechtliche als condemnatorische vorkommen (z. B. der Anspruch auf Herausgabe der Kinder §. 145 b. G. B.).[20]) Der präjudicielle Klagsanspruch ist entweder auf Anerkennung eines juristisch relevanten Umstandes, also auf die Existenz eines Rechtsverhältnisses (z. B. der Ehe, der Paternität, des Erbrechts, des Pfandrechts[21]), der gerechtfertigten Pränotation, der statthaften Aufkündigung u. s. w.), oder umgekehrt auf dessen Nichtexistenz (wie bei der Nichtigkeitsklage[22]), der Klage auf Anerkennung der erfolgten Verjährung §. 1499 b. G. B.), oder er ist auf eine ohne Zuthun des Gegentheils

16) Unger S. 362—364.

17) Unger S. 365 f., Puchta §. 84, Windscheid §. 45 Nr. 3, §. 112 Note 5. Der Ausdruck „präjudiciell" rührt daher, daß die diesfälligen Ansprüche auf die Austragung einer juristischen Vorfrage (praejudicium) gerichtet zu sein pflegen. Im röm. Formularproceß war praejudicialis actio eine formula mit bloßer intentio ohne condemnatio (Savigny V. S. 19).

18) Darum rechnete man im röm. R. zu den Präjudicialklagen nur die familienrechtlichen und die Statusklagen, und darum hieß es, die praejudicia seien in rem (§. 13. J. de act. 4. 6. Savigny S. 21).

19) Vgl. Unger S. 375 Note 21.

20) Unger I. §. 60 a. E.

21) Die gewöhnliche Pfandrechtsklage ist eine präjudicielle, weil sie nur den richterlichen Ausspruch anstrebt, daß der Pfandgläubiger berechtigt sei, sich aus dem Pfande zu befriedigen. Condemnatorisch ist die Pfandklage nur dann, wenn sie auf Rückstellung des Pfandes oder auf Ersatz wegen dessen Beschädigung gerichtet ist.

22) Hieher gehört auch die Paternitätsbestreitungsklage (§§. 158, 159 b. G. B.); hingegen ist die (verwandte) Negatorienklage (§. 523) condemnatorisch.

Digitized by Google

herbeizuführende Veränderung des gegenwärtigen juristischen Sachverhalts[23]), also entweder auf Begründung eines Rechtsverhältnisses (z. B. des Eigenthums durch Intabulation) oder auf Vernichtung eines solchen gerichtet (wie z. B. bei den Anfechtungsklagen der §§. 933, 934 oder bei der Löschungsklage).[24])

§. 149. Entstehung der Klagsansprüche als solcher.[1])

Condemnatorische Ansprüche werden klagbar, sie werden zu Klagsansprüchen, sobald ihnen die rechtliche Befriedigung mangelt; dieses Moment (der mangelnden Befriedigung) bildet also hier den Entstehungsgrund der Klagsansprüche als solcher, mit ihm ist gegeben die sog. Nativität der Klage (actio nata)[2]), indem nicht der Anspruch an sich, sondern dessen Klagbarkeit in dem bezeichneten Zeitpunkt entstanden ist.[3]) Für das gemeine Recht ist die Frage nach dem Zeitpunkt der Nativität der Klage lebhaft bestritten[4]): während die Einen die hier vertretene Ansicht billigen[5]), wollen Andere das Unbefriedigtsein des Anspruchs nicht genügen lassen, sondern erachten eine vorausgehende Rechtsverletzung für wesentlich[6]), noch Andere aber verlangen gar noch, daß die Gutmachung der letzteren verweigert worden sei.[7]) Für das österreichische Recht liegt kein Grund

---

23) Es ist also unrichtig, wenn man behauptet, eine präjudicielle Klage habe immer eine Anerkennung zum Gegenstande, sie kann auch auf eine Rechtsveränderung gehen.

24) Unger S. 372—375, welcher jedoch seine Darstellung dadurch verdunkelt, daß er die Grenzlinie zwischen dem materiellen und dem Proceßrechte nicht festhält.

1) Vgl. Unger §. 116. Demelius Untersuchungen I. Nr. 2: Das Dogma von der actio nata. S. 111 f.

2) Unger S. 376. L. 1. §. 1. C. de ann. exc. 7. 40: „. . . ex quo ab initio competit et semel nata est (actio).“

3) Der Klagsanspruch ist nur der modificirte ursprüngliche Anspruch; es bildet also das Unbefriedigtsein nicht den Entstehungsgrund des Klaganspruchs, sondern nur eine Modification im Inhalte des ursprünglichen Anspruchs, und somit den Anfangspunkt des modificirten Zustandes. — Die römischen Juristen zogen den ursprünglichen Anspruch nicht in das Bereich ihrer Betrachtungen; darum lassen sie die actio d. i. den Klagsanspruch überhaupt erst mit dem Unbefriedigtsein entstehen, während richtiger nur dessen Klagbarkeit in diesem Momente entsteht. Windscheid §. 44 bemerkt daher mit Recht, daß für das, was wir „Anspruch“ nennen, der römischen Rechtssprache die Bezeichnung fehlt, ja in gewisser Beziehung den Römern die Sache selbst unbekannt war. — Analog bezeichnet Unger S. 376 die Nativität der Klage „als die Verwandlung des abstracten eventuellen Klagrechtes in ein wirklich zustehendes concretes Klagrecht.“ Mit Unrecht bekämpft Bekker Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 381 Note 2 dieses zuerst von Kierulff Civilr. I. S. 156 f. aufgestellte „abstracte Klagrecht“ damit, daß er behauptet, ein solches abstractes Klagrecht sei ohne juristisches Interesse.

4) S. vorigen §. Note 4.

5) Unger S. 387, Wächter Handb. II. S. 413, 807. Bangerow I. §. 147, Arndts §. 107, Esmarch G. §. 1857 Nr. 81 u. A.

6) Savigny V. S. 6, Puchta §. 81, Kierulff I. §§. 9, 11, Sintenis I. §. 31, Böcking Pand. I. §. 131 a. u. A.

7) Z. B. Windscheid §§. 44, 122 Note 4.

Digitized by Google

vor, an der Richtigkeit des an der Spitze dieses Paragraphs stehenden Rechtssatzes zu zweifeln; weiterer Erfordernisse zur Entstehung des Klagerechtes bedarf es nicht[8]).

Nach dem Gesagten entsteht die Klagbarkeit jener condemnatorischen Ansprüche, die ursprünglich auf ein negatives Verhalten Anderer gehen, durch eine dieser Unterlassungsverbindlichkeit zuwiderlaufende positive Handlung; die Klagbarkeit jener Ansprüche hingegen, die auf ein positives Handeln, also auf ein Geben oder Thun gerichtet sind, mit dem Momente, wo gemäß des Anspruchs dieses Handeln gefordert werden konnte, aber nicht erfolgte. Mit diesem Momente wird der Anspruch zu einem condemnatorischen Klagsanspruch, zur actio nata.[9]) Das erste trifft regelmäßig zu bei den unpersönlichen Klagsansprüchen (actiones in rem)[10]) und jenen persönlichen, welche aus Forderungen auf ein Dulden oder Unterlassen entstanden sind[11]), das letztere für die persönlichen Ansprüche aus den übrigen Forderungen.[12]) Es entsteht also die sog. Eigenthumsklage dadurch, daß die Sache in fremde Innehabung kommt (§. 366)[13]), eine confessorische Klage (Servitutenklage) dadurch, daß Jemand eine der Servitut zuwiderlaufende Handlung unternimmt[14]), (wohin aber ein bloßes Verbieten, sie auszuüben, ein Drohen oder ein Widersprechen der Existenz der Servitut noch nicht zu zählen ist)[15]), und auf ähnliche Art die Klage aus dem Erbpacht-, Erbzins- und Bodenzinsverhältnisse sowie die condemnatorische Pfandrechtsklage. Die condemnatorische Erbschaftsklage (hered. pet. §. 823) ist mit dem Momente, als sich der Pseudoerbe in den Besitz der Erbschaft als solcher gesetzt hat[16]), die Klage auf Rückkehr des Ehegatten oder Kindes in das Hauswesen des Familienhauptes (a. de uxore s. de lib. exhib.) mit dem Momente, wo sie dasselbe verlassen haben, und die condemnatorische Besitzklage mit dem Augenblicke, als der Besitz gestört worden ist, als entstanden anzusehen.

Dagegen entsteht der Klagsanspruch aus einer Forderung auf eine positive Leistung mit dem Momente, wo diese fällig ist (dies venit), ohne zugleich erfüllt worden zu sein[17]), daher, wenn die Forderung eine bedingte

8) Spruchrepert. Nr. 46 (G. Z. 1873 Nr. 35 [= Sammlung XI. Nr. 4928]).

9) Uebereinstimmend Unger §. 116, auch Windscheid §. 108, insoferne letzterer in diesem Momente den Beginn der Verjährbarkeit erblickt, während er zur Entstehung des Klagerechts noch weitere Voraussetzungen verlangt.

10) Savigny S. 282—285, Vangerow S. 253.

11) Unger S. 336 Note 10.

12) Unger und Windscheid an dem in Note 9 a. O.

13) Savigny S. 282—285, Unger S. 384.

14) Vgl. Savigny S. 284 Note k, Unger S. 384.

15) Wenn Unger S. 384 die actio confessoria schon mit der Bestreitung der Existenz der Servitut entstehen läßt, so kann er dabei nur die präjudicielle Klage gemeint haben.

16) Unger S. 385 sagt: „sobald ein Dritter Erbschaftssachen pro herede vel pro possessore besitzt"; s. aber §. 823 b. G. B.

17) Unger S. 380. Es gibt Forderungen auf positive Leistungen, welche trotz ihrer Fälligkeit nicht zu Klagsansprüchen erwachsen, nämlich wenn die Leistung eine dauernde ist (z. B. jene eines Depositars, Gutsverwalters, Dienstboten) und fortwährend erfüllt wird. Savigny S. 285 fordert auch hier eine

Digitized by Google

oder betagte ist, erst dann, wenn die Bedingung erfüllt oder der Zeitpunkt gekommen ist[18]), sonst mit dem Momente der sie begründenden Thatsache.[19]) Es entsteht also der Klagsanspruch aus einer unerfüllten Vertragsobligation ohne bestimmte Zahlungszeit mit dem Zustandekommen des Vertrags[20]), der Klagsanspruch aus einer Delictsobligation mit der eingetretenen Beschädigung[21]), jener aus anderen Rechtsgründen mit deren Entstehung.[22]) So ist die Klage auf Rückstellung des Geschenkten wegen Undanks (§. 1487) mit dem verübten Undank[23]), die Klage auf Rückzahlung einer bezahlten Nichtschuld mit der Zahlung der letzteren, die Klage auf Ersatz des Aufwandes bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag sofort nach gemachtem Aufwand, die condemnatorische Klage aus dem Rechtsgrund der Verletzung über die Hälfte oder der Mängelgewähr mit der Hingabe der Sache[24]), jene auf Evictionsleistung dagegen mit der erfolgten Entwährung begründet u. s. w. Steht dem Klaganspruche eine sog. Einrede entgegen, so hindert dies die Entstehung des ersteren nicht, weil es eben zum Begriffe der Einrede gehört, daß sie einem an sich begründeten Klagsanspruche entgegensteht.[25])

Der präjudicielle Klagsanspruch ist als entstanden anzusehen, sobald die juristische Thatsache, auf deren Anerkennung der Anspruch geht, vorgefallen ist, bezw. sobald die Voraussetzungen vorhanden sind, die den Anspruch auf die bestimmte Rechtsveränderung gewähren; die Verweigerung der Anerkennung oder der Rechtsveränderung von Seite des Gegentheils bildet wohl regelmäßig die Veranlassung der gerichtlichen Geltendmachung des präjudiciellen Anspruchs, nicht aber den Entstehungsgrund desselben.[26]) Es ist also die Klage auf Anerkennung der Ehe, der Paternität oder des Erbrechtes mit der Entstehung dieser Rechtsverhältnisse[27]), die Pränota-

---

Verletzung, und sieht sie als eingetreten an, wenn die Erfüllung gegen die durch die Natur des Verhältnisses begründete Erwartung unterbleibt. Dagegen Unger S. 379 Note 10.

18) Savigny S. 281, Windscheid §. 108 Nr. 2, Unger S. 382 Note 12. — Ein bedingter Anspruch ist nicht etwa wegen Rückwirkung der Bedingung ein schon vor deren Erfüllung existirender; denn eine Leistung, worauf man nur bedingt Anspruch hat, kann eben nicht verlangt werden, so lange die Leistungspflicht nicht außer Zweifel gestellt ist.

19) Unger S. 333 Note 10 und S. 380 Note 11, Bangerow S. 249—252.

20) Savigny S. 287.

21) Savigny S. 286.

22) Savigny S. 286.

23) Unger S. 381 Note 11.

24) Denn so lange die Sache, die man zurückzufordern berechtigt ist, nicht hingegeben ist, kann eben noch kein Rückforderungsanspruch bestehen. Die Verj. beginnt jedoch schon mit dem Geschäftsabschlusse, weil sie von da an für die präjudicielle Klage beginnt, und die condemnatorische Klage mit der präjudiciellen gleichzeitig verjährt.

25) Savigny S. 296, Windscheid §. 108 Note 3, Unger S. 384 Note 15. Die Verjährung beginnt hier freilich später.

26) Mit Unrecht behauptet Unger S. 385 Note 19 a, daß bei Statusklagen die Rechtsverletzung Bedingung der Nativität der Klage sei.

27) Uebereinstimmend Unger S. 386 Note 20 hinsichtlich der unehelichen Paternität; bei der ehelichen verlangt er den vorläufigen gerichtlichen Widerspruch des Ehemannes, und die Erbrechtsklage läßt er einmal mit dem Erbanfalle (S. 409 Note 6), ein anderes Mal mit der Erbserklärung eines Dritten entstehen (S. 385).

Digitized by Google

tionsrechtfertigungsklage mit der erwirkten Pränotation, die Klage auf Anerkennung der Statthaftigkeit einer geschehenen Aufkündigung, sobald diese erfolgt ist, die präjudicielle Pfandrechtsklage mit der Fälligkeit der Forderung[28]) als entstanden anzusehen, und ebenso entsteht der Klagsanspruch auf Nichtigerklärung einer Ehe oder eines Vertrages, sobald das genannte (ungiltige) Geschäft vorliegt[29]), die auf Nichtigerklärung eines Testamentes, sobald der Erblasser gestorben ist[30]), die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Paternitätsverhältnisses (§. 158 b. G. B.), sobald das Kind geboren worden ist, die Klage auf Anerkennung einer Verjährung (§. 1499), sobald diese vollendet wurde. Hingegen entsteht die Klage auf Aufhebung eines entgeltlichen Geschäftes wegen Verletzung über die Hälfte oder wegen heimlicher Mängel mit dem geschlossenen Geschäfte[31]), die wegen Evictionsleistung mit der erfolgten Eviction[32]), und die Klage auf bücherliche Eintragung zum Zwecke der Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses ist sofort mit der Existenz des zu jeder solchen Eintragung erforderlichen Titels nata.

§. 152. Umfang der Verjährung.

Die Verjährung im Allgemeinen ist (oben §. 141) entweder eine Rechts- oder eine Anspruchsverjährung, je nachdem sie sich als eine Erlöschung des Rechtes selbst oder des Klagsanspruches durch die unterlassene Ausübung darstellt. Von der letzteren ist hier des Näheren zu handeln.

Die Anspruchsverjährung ist eine allgemeine Erlöschungsart der Klagsansprüche überhaupt[1]), wie aus §. 1479 erhellt, der „alle Rechte gegen Dritte“ d. i. alle gegen bestimmte Dritte gerichteten Klagsansprüche

---

28) Hieher gehört die Pfandrechtsklage der §§. 461, 466; sie ist mit dem erwähnten Momente entstanden, weil im Grunde auch die Forderung erst dann als entstanden anzusehen ist. Uebereinstimmend Unger S. 385 Note 17 und Entsch. G. Z. 1863 Nr. 97 [= Sammlung II. Nr. 842].

29) Ebenso hinsichtlich der Nullität der Ehe Unger S. 386 Note 20.

30) Nach Unger S. 385 Note 19 und Erbrecht §. 22 (unter Berufung auf Pachmann), sobald sich der im nichtigen Testament Eingesetzte mit der Wirkung erbserklärt hat, daß seine Erbserklärung der Verlaßabhandlung zu Grunde gelegt wird.

31) Uebereinstimmend hinsichtlich der Verletzung über die Hälfte Entsch. G. H. 1864 Nr. 8 [= Sammlung IV. Nr. 1684] und Unger S. 381 Note 11; die actio redhib. wegen physischer Mängel läßt er hingegen (arg. §. 924) erst mit dem Empfange der fehlerhaften Sache entstehen. Allein der Anspruch auf Aufhebung des Geschäftes entsteht auch nach österr. (wie nach gem.) Recht, sobald das Geschäft perfekt ist. Die Bestimmung des §. 924 ist nur der Ausfluß des dem österr. Recht eigenthümlichen Satzes (§. 1049), daß der Veräußerer die Gefahr bis zur Uebergabe trägt, also einer erst mit dem Empfange der fehlerhaften Sache entstehenden Gewährleistungspflicht, wenn die Sache erst zwischen Abschließung und Erfüllung des Vertrages fehlerhaft geworden ist. Bei entgeltlichen Geschäften über genera oder Quantitäten bildet freilich erst die Lieferung den den Gewährleistungsanspruch begründenden Geschäftsabschluß.

32) Unger S. 408 Note 3.

1) Unger S. 403, Windscheid §. 105.

Digitized by Google

der Verjährung unterwirft[2]); doch gilt dieser Grundsatz nur für das Vermögens-, nicht auch für das Familienrecht; die dem letzteren angehörigen Ansprüche, mögen sie auf die Existenz oder Nichtexistenz der familienrechtlichen Verhältnisse gerichtet sein, werden weder durch die Verjährung, noch durch die Ersitzung berührt (§§. 1481, 1458).[3]) Aber auch unter den vermögensrechtlichen Klagsansprüchen gibt es solche, welche der Verjährung entzogen sind. Man muß sich nämlich gegenwärtig halten, daß die Verjährung eine Umwandlung der bisherigen factischen Befreiung (von einer Verbindlichkeit) in eine rechtliche bewirkt, und daß demnach Klagsansprüche, die nicht auf die Beseitigung einer solchen (factischen Befreiung) gerichtet sind, dem Verjährungsinstitute nicht unterworfen sein können. Demnach sind unverjährbar[4]):

1) Alle präjudiciellen Klagsansprüche, welche nicht auf Beseitigung einer factisch bestehenden Befreiung, sondern auf gerichtliche Feststellung einer juristisch relevanten Thatsache oder auf eine Rechtsveränderung, welche nur durch Vermittlung des Gerichtes vor sich gehen kann, gerichtet sind. Darum sind unverjährbar die Klage auf Anerkennung der statthaften Aufkündigung, der gerechtfertigten Pränotation[5]), der erfolgten Verjährung[6]) oder Ersitzung, die präjudicielle Erbrechtsklage, die Klage auf Intabulation wegen vorhandenen Titels, oder auf bücherliche Löschung (Extabulation) wegen untergegangenen Rechtes[7]) u. s. f.; hingegen sind, obwohl von präjudicieller Natur, verjährbar die Klage auf Aufhebung eines Geschäftes wegen Verletzung über die Hälfte (§. 1487), wegen verborgener Mängel

---

2) Vgl. Unger S. 405 Note 12, der jedoch I. S. 498 dem Ausdruck des §. 1479 „Rechte gegen Dritte" eine andere Bedeutung beilegt.

3) Dagegen verficht Unger S. 443 die Verjährbarkeit der Statusklagen und ebda. Note 17 insbes. die der Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, S. 404 Note 9 die Verjährbarkeit der Nullitätsquerel wegen eines Privatehehindernisses, welche Ansicht schon Zeiller und Scheidlein vertraten. Allein die Verjährbarkeit der sog. Paternitätsklage wäre thatsächlich eine Verjährung der im §. 1481 als unverjährbar erklärten Verbindlichkeit aus einem Familienverhältniß, und die Verjährung der Ehenullitätsklage liefe am Ende auf eine im §. 1458 als unzulässig erklärte Ersitzung eines Familienrechtsverhältnisses hinaus (wenn auch nicht nach dem Wortlaute, so doch nach dem Geiste des Gesetzes). Schon in dem ältesten allgemeinen Verjährungsgesetze Theodosius II. v. J. 424 sind die Präjudicialklagen (d. i. nach römischer Auffassung die Status- und insbes. familienrechtlichen Klagen) übergangen, daher dasselbe von Unterholzner I. §. 18 auch nur auf vermögensrechtliche Klagen bezogen wird. Dagegen freilich Savigny V. S. 275.

4) Vgl. Strohal unverjährbare Klagen nach österr. R., G. Z. 1874 Nr. 13, 14.

5) Denn diese ist nur auf Feststellung der Thatsache, daß die Pränotation gerechtfertigt sei, gerichtet.

6) Vgl. Unger S. 404 Note 10.

7) Unger a. a. O. Die Löschungsklage wegen anmaßlicher Intabulation geht hingegen nicht durch Verjährung, sondern durch sog. Tabularersitzung unter. — Nach Strohal Nr. 14 sind derlei Klagen nur unverjährbar, sofern durch dieselben nur angestrebt wird, den Buchstand mit der bereits bestehenden außerbücherlichen Rechtslage in Uebereinstimmung zu bringen, daher die Intabulationsklage des bereits im Besitz befindlichen, nicht auch jene des noch nicht in den Besitz gesetzten Käufers.

Digitized by Google

(§. 933)[8]) und die hypothekarische Klage (arg. a contr. §. 1483). Nach dem Gesagten sind auch vermögensrechtliche Nullitätsklagen der Regel nach unverjährbar[9]); das österreichische Recht macht jedoch, der älteren Doctrin folgend, eine Ausnahme rücksichtlich nichtiger letztwilliger Erklärungen und rücksichtlich der wegen Furcht oder Irrthums nichtigen Verträge[10]), welche also bei unterlassener Bestreitung convalesciren (§. 1487).[11])

Aus besonderen Gründen sind als unverjährbar auch erklärt:

2) Die Faustpfandklage (a pigneratitia in rem), d. i. der Klagsanspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Faustpfand, so lange er letzteres in Händen hat (§. 1483). Der Grund dafür liegt darin, daß die Detention der Pfandsache gewissermaßen als Genuß der Forderung selbst in jenem Betrage, welcher durch den Werth des Pfandes gedeckt wird, erscheint[12]), und daß bei diesem Verhältnisse jene Gründe überhaupt nicht zutreffen, welche das Rechtsinstitut der Verjährung hervorgerufen haben.[13]) Daraus folgt aber auch die Unverjährbarkeit der Forderung, zu deren Sicherheit das Faustpfand dient, jedoch nur, insoweit sie durch dieses gedeckt erscheint[14]), während sie hinsichtlich des Ueberrestes wie eine andere Forderung verjährt (§. 1483 a. E.).

3) Die Theilungsklagen (a. communi divid. und fam. ercisc.), d. i. der Klagsanspruch eines Gemeinschafters gegen die übrigen Gemeinschafter auf Aufhebung der Gemeinschaft (§§. 830, 1481). Der Grund dieses Rechtssatzes liegt aber nicht, wie §. 1481 angibt, darin, daß dieser Anspruch ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes ist — was nicht einmal richtig ist — sondern darin, daß die Zulassung der Verjährung ein Verstoß gegen den Grundsatz (§. 832) wäre, daß es eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft nicht gibt.[15])

---

8) In diesen beiden Fällen besteht ein Anspruch gegen den Gegencontrahenten auf Aufhebung des Geschäfts, und die Verjährung dieses präjudiciellen Anspruchs ist daher eine Befreiung von demselben. Ganz anders ist es z. B. bei dem Intabulations- oder Extabulationsanspruch; dieser geht, weil die bücherliche Eintragung nur durch den Richter vollzogen werden kann, auch nur gegen diesen.

9) Die Behauptung Unger's S. 404 Note 9, daß die Nullitätsquerel wegen eines Privatehehindernisses verjährbar sei, ist schon darum unhaltbar, weil diese Klage keine vermögensrechtliche Nullitätsklage ist. [Vgl. oben den Text.]

10) Unger S. 510 Note 40 und S. 513 Note 46. Rücksichtlich bücherlicher Eintragungen, die nichtig sind wegen Nichtigkeit der Urkunde, auf Grund deren die Eintragung erfolgte, s. §. 61 f. G. B. G. und Strohal Nr. 13.

11) S. Entsch. G. H. 1863 Nr. 18 [in den Sammlungen nicht enthalten], wonach der Anspruch auf Nichtigerklärung eines Compromisses wegen unterlaufenen Irrthums nach §. 1487 verjährt.

12) Savigny V. S. 314; cf. L. 7. §. 5. C. de praescr. XXX. ann. 7. 39.

13) Es werden noch manche andere Gründe angegeben, die aber wohl kaum zutreffend sind; vgl. Unger S. 440 Note 11.

14) Nach Unger S. 440 wird die Schuld zu einer naturalis obligatio. — Eine Consequenz des Satzes im Texte ist die, daß sogar die Zinsen dieser Forderung aus dem Faustpfande eingebracht werden können, wie die Forderung selbst, daß also auch Zinsen, die sonst als verjährt angesehen werden müßten, als nicht verjährt erscheinen. Vgl. Unger S. 441 Note 12 a. Dagegen Zeiller IV. S. 243, Scheidlein S. 107.

15) Unger S. 403 Note 8. Ebenso nach röm. R.; vgl. Savigny V. S.

Digitized by Google

4) Die Grenzscheidungsklage (a. fin. regund. §. 850), d. i. der Klagsanspruch eines Grundbesitzers gegen seinen Grundnachbar auf gemeinschaftliche Bezeichnung der unkenntlich werdenden oder gewordenen Grenzen (§. 1481). Auch hier ist der wahre Grund der Unverjährbarkeit darin zu erblicken, daß die Verjährung eine Perpetuation der bestehenden Grenzverwirrung wäre.[16])

Alle übrigen vermögensrechtlichen Klagsansprüche sind verjährbar, daher auch die sog. Eigenthumsklage (rei vind.), deren Unverjährbarkeit häufig, jedoch mit Unrecht, behauptet wird[17]), indem §. 1459 b. G. B., auf den man sich beruft, wie §. 1481 nur bestimmt, daß das Eigenthum durch den bloßen Nichtgebrauch nicht untergehe, hingegen bei vorhandenem Eingriffe eines Dritten und sohin entstandenem Klagsanspruche eine Verjährung desselben ausdrücklich zuläßt.[18]) Ebenso sind der Anspruch auf Rückstellung einer bestimmten Sache aus dem Grunde eines obligatorischen Verhältnisses[19]), sowie der Anspruch des Fiscus auf rückständige Steuern[20]) der Verjährung unterworfen.

§. 156. Wirkung der Verjährung.[1])

Unzweifelhaft wirkt die Klagenverjährung eine Erlöschung des Klagsanspruchs. Es fragt sich aber, ob nur die Klagbarkeit des Anspruchs aufhört, oder auch der Anspruch selbst und das neben demselben bestehende

409, 410, Windscheid §. 106, welcher als Grund angibt, daß der Anspruch auf Theilung in jedem Momente der Gemeinschaft neu entstehe. Vgl. L. 70. D. pro socio. 17. 2: Nulla societatis in aeternum coitio est.

16) Unger S. 403 Note 8. Ebenso nach röm. R. Savigny und Windscheid a. a. O.

17) So Kori Verj. §§. 92, 93, Winiwarter V. S. 160, 161, 213, Pachmann Verj. §. 9 Note 14, Nippel IX. S. 76; vgl. dagegen Unger S. 405 Note 12.

18) Der §. 1459 spricht ausdrücklich von der Bewirkung der „Verjährung oder Ersitzung". Soll das kein Pleonasmus sein, so kann es sich nur auf die Verjährung des Eigenthumsanspruchs (und daher auch des Anspruchs des sog. Nutzungseigenthümers gegen den ihm sein Recht vorenthaltenden Obereigenthümer) beziehen. Der zweite Satz des §. 1459 spricht zunächst (abgesehen von der Ersitzung der privatrechtlichen Monopole) von der Ersitzung einer negativen Servitut, welche aber auch Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes voraussetzt; fehlen diese Eigenschaften, so kann nur von einer Verjährung der actio negatoria die Rede sein, und ist diese verjährbar, dann ist es auch die rei vind. Das röm. R. erklärt ausdrücklich, daß die Eigenthumsklage nicht nur durch Ersitzung, sondern auch durch Verjährung untergeht. L. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. ann. 7. 39.

19) §. B. aus Hinterlegungs- oder Leihvertrag; auch rücksichtlich dieses Anspruchs behaupten Kori, Winiwarter, Nippel, Stubenrauch die Unverjährbarkeit. Vgl. dagegen Unger S. 405 Note 12; auch §. 1483 b. G. B.

20) Die gegentheilige Bestimmung des röm. R. ist auch gemeinrechtlich nicht recipirt. Windscheid §. 106, Unger S. 404 Note 11. Die österr. Schriftsteller nehmen wegen §. 1456 b. G. B., der aber nur das Besteuerungsrecht im Auge hat, meist die Unverjährbarkeit an. Vgl. dagegen Unger a. a. O., welcher bemerkt, daß die Verjährung nicht nach §. 1480 in drei, sondern in 30 (vierzig? arg. §. 1472) Jahren eintritt. [Vgl. jetzt Gesetz 18. März 1878 Nr. 31 R. G. B.]

1) Savigny S. 366—408, Unger S. 435—447, Bangerow §. 151.

Digitized by Google

Recht erlischt. Diese auf dem Gebiete des römischen Rechtes vielbesprochene Frage[2]) ist für das österreichische Recht dahin zu beantworten, daß mit der Klagbarkeit auch der Anspruch selbst zu Grunde geht, das Recht aber in jenen Fällen aufrecht verbleibt, wo es einen vom Anspruch verschiedenen Inhalt hat.[3])

Daß mit der Klagbarkeit auch der Anspruch selbst erlischt, geht einerseits aus mehreren Stellen des Gesetzes (§§. 933, 1449, 1451, 1479, 1483, 1487, 1491 u. a.), in welchen von der Erlöschung des Rechtes selbst die Rede ist, andererseits aus §. 1499 hervor, laut dessen das verjährte Recht, auf Verlangen dessen, der dadurch von einer Verbindlichkeit befreit wird, richterlich als nichtig erklärt werden kann.[4]) Daß aber das neben dem Anspruch bestehende und von demselben inhaltlich verschiedene Recht aufrecht verbleibt, folgt schon daraus, daß, wenn z. B. durch die Verjährung der Eigenthumsklage das Eigenthumsrecht selbst verloren ginge, hiedurch factisch jeder Unterschied zwischen der Verjährung und Ersitzung entfiele, und daß es demnach ganz überflüssig wäre, für die letztere das Erforderniß der bona fides aufzustellen, da ja die herrenlos gewordene Sache einfach aus dem Titel der Occupation behalten werden dürfte.[5])

Insofern jedoch das fragliche Recht seinem Wesen nach in dem Anspruche aufgeht, muß es mit dem letzteren nothwendig mit erlöschen. Dies gilt für die Forderungsrechte[6]) und für das Pfandrecht[7]), welche also durch die Verjährung vollständig untergehen. Hingegen bleiben trotz der Verjährung aufrecht das Eigenthumsrecht (das ungetheilte sowohl als das getheilte) und das Erbrecht[8]); das hat die praktische Folge, daß die Wirksamkeit dieser Rechte wieder aufleben kann, wenn das Object des Eigenthums oder des Erbrechts zufällig in den Besitz des Berechtigten zurückgelangt, oder an Jemanden kommt, dem die accessio temporis (§. 1493) nicht zu Statten kommt.[9]) Die Servituten gehen bloß durch Klagenverjährung niemals unter; es muß wesentlich auch deren Ausübung unterblieben sein (§. 1488); hiedurch geht aber das Recht selbst unter.[10])

2) Man pflegt die Frage auch dahin zu stellen, ob die Verjährung die schwächere oder die stärkere Wirkung habe. Savigny S. 373. Er selbst vertritt die erstere Meinung, und ihm folgt die Mehrzahl der Schriftsteller. Die stärkere Wirkung vertreten z. B. Bangerow a. a. O., Löhr im civ. Arch. X. S. 70 f., Büchel civilr. Erört. Nr. 1., Kierulff, Sintenis u. A. Uebrigens wird auch von Anhängern der stärkeren Wirkung zugegeben, daß diese Wirkung nur bei actiones in personam und der Pfandklage eintrete, nicht aber auch das Eigenthumsrecht mit der Verjährung der rei vind. erlösche.

3) Unger S. 436.

4) Ebenso nach dem preuß L. R. I. 9. §§. 501, 502, 564 n. a. und cod. civ. Art. 1234, 2219.

5) Savigny S. 368. Die österr. Schriftsteller oder doch viele derselben suchen diesem absurden Ergebniß dadurch auszuweichen, daß sie (arg. §. 1459) die Unverjährbarkeit der Eigenthumsklage behaupten. Vgl. oben §. 152 a. E.

6) Unger S. 437.

7) Unger S. 442, Bangerow S. 261. L. 27. pr. D. 9. 4. Vgl. aber im Text §. 2 a. E.

8) Unger a. a. O.

9) L. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. ann. 7. 39: tunc licentia sit priori domino eam vindicare. Savigny S. 365, Unger S. 442.

10) Vgl. Unger S. 436 Note 3, aber auch S. 273 Note 70.

Digitized by Google

Mit dem Untergang einer Forderung durch Verjährung erlöschen natürlich auch alle Nebenrechte, als Pfandrecht, Bürgschaft, Zinsenanspruch[11]), Conventionalstrafe, und die Bestellung einer neuen Sicherstellung ist nur insofern denkbar, als darin auch eine neue Begründung der verjährten Schuld liegt. Auch kann die verjährte Forderung nicht zur Compensation oder Novation verwendet werden[12]), denn sie besteht juristisch nicht mehr. Unter gewissen Voraussetzungen wird sie jedoch nach österreichischem Recht wie eine aufrechte Forderung behandelt. Das ist der Fall: 1) wenn der Schuldner die verjährte Forderung aus Unkenntniß der Verjährung bezahlt. Obwohl sonst dem aus einem Rechts- oder Thatirrthum Zahlenden das Recht der Rückforderung (die cond. indebiti) zusteht, so ist dies doch im vorliegenden Falle nicht zulässig (§. 1432). Gleichwohl kann aus diesem Rechtssatze schon darum nicht ein Schluß auf das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio (im eigentlichen Sinne) gezogen werden, weil §. 1432 zwischen Forderungen, „denen das Gesetz bloß das Klagerecht versagt" (eigentliche nat. obl.) einerseits, und den verjährten (und den wegen mangelnder Form ungiltigen) Forderungen andererseits streng unterscheidet, diese also aus der Reihe der rechtlichen Verbindlichkeiten ausschließt.[13])

2) Ebenso wird die verjährte Schuld als eine zurecht bestehende behandelt, wenn der geklagte Verpflichtete die ihm zu Statten kommende Verjährung nicht einwendet. Während sonst der Richter die aus den ihm vorliegenden Thatsachen sich ergebenden Einwendungen von Amtswegen zu berücksichtigen hat, ist dies bei der Verjährung nicht der Fall; sie muß von der Partei ausdrücklich[14]) eingewendet werden (§. 1501); unterläßt sie es, so ist sie zu verurtheilen. Es verhält sich also damit ähnlich, wie mit den Einreden im technischen Sinne (Exceptionen); gleichwohl ist die Verjährung nicht eine solche, sondern eine rechtsvernichtende, ipso jure wirkende Thatsache, jedoch nur wirkend unter der Bedingung, daß der Verpflichtete dies will und seinen Willen gerichtlich erklärt, also eine bedingt ipso jure wirkende Einrede.[15]) Wohl aber begründet die Verjährung eines bücherlichen Rechtes lediglich eine technische Exception, d. i. einen auf die Aufhebung des Rechtes gerichteten Gegenanspruch, da bücherliche Rechte (§§. 444, 445) nur durch bücherliche Löschung aufgehoben werden. Endlich

3) ist ein verjährtes Recht als vollkommen aufrecht stehendes zu behandeln, wenn es in das öffentliche Buch eingetragen ist, und nach erfolgter Verjährung Jemand dasselbe im Vertrauen auf die bücherliche Eintragung an sich bringt, oder sonstige bücherliche Rechte auf dasselbe erlangt (§. 1500).[16]) Die verjährte, aber noch intabulirte (nicht gelöschte) Forderung kann von dem Cessionar, der von der Verjährung nichts wußte,

11) Unger S. 437 Note 7.
12) Unger S. 438.
13) Unger S. 439 Note 10.
14) Doch bedarf es seitens der sich auf die Verjährung berufenden Partei keines kunstgemäßen Ausdruckes, sondern nur der Erklärung, daß sie wegen der Säumigkeit des Klägers losgesprochen zu werden wünsche (Unger S. 445 Note 22.).
15) Unger S. 444. Vgl. auch Entsch. G. H. 1870 Nr. 68 [= Sammlung VIII. Nr. 3708].
16) Unger S. 447.

Digitized by Google

wieder geltend gemacht, und von demjenigen, der im Vertrauen auf den bücherlichen Stand eine Afterhypothek auf sie erwirkt hatte, als aufrecht bestehende Forderung behandelt werden. Das Nämliche gilt von verjährten, aber bücherlich noch immer haftenden Servituten.

Die Verjährung wird regelmäßig im Wege der Vertheidigung gegen Jenen, der den verjährten Anspruch erhebt, geltend gemacht. Zur größeren Sicherheit, namentlich wo die Gefahr obwaltet, daß ein intabulirtes Recht nach §. 1500 der Wirkungen der Verjährung verlustig werden könnte, kann der Befreite die Verjährung in Form eines Präjudicialanspruches[17]) geltend machen und daher die Nichtigerklärung des verjährten Rechtes, dessen Löschung aus den öffentlichen Büchern und die Nichtigerklärung der bezüglichen Beweisurkunden gerichtlich verlangen (§. 1499).[18])

§. 158. Anwendung der Grundsätze von den Klagen auf die Einreden.

I. Was die Entstehung der Einreden betrifft, so ist zwischen denjenigen, die auch klageweise geltend gemacht werden können und allen übrigen zu unterscheiden. Die ersteren entstehen mit der den Klageanspruch erzeugenden Thatsache (z. B. die Einrede der laesio enormis), die letzteren mit der Thatsache, welche die specifische Grundlage der Einrede bildet (z. B. die exc. rei vend. et trad. mit der Uebergabe der Sache an den Einredeberechtigten).

II. Eine Concurrenz von Einreden ist vorhanden, wenn einem Klageanspruche mehrere Einreden entgegenstehen, z. B. dem Anspruche auf Erfüllung eines Kaufvertrages die Einrede der Verletzung über die Hälfte und zugleich die exc. non adimpl. contr. Solche Concurrenz kann von Bedeutung werden, wenn eine der mehreren Einreden durch Verjährung oder sonstwie erloschen ist; hier erfüllt dann die andere concurrirende Einrede noch immer den gleichen Zweck.

III. Eine der wichtigsten und bestrittensten Fragen betreffs der Einreden ist die, ob sie durch Verjährung[1]) erlöschen. Daß die Berechtigung, sich durch Einreden im processualen Sinne zu vertheidigen (rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen vorzubringen) nicht verjährt, liegt in der Natur der Sache, weil diese Verjährung zur Folge hätte, daß ein nicht bestehendes Recht nach Ablauf einer gewissen Zeit von selbst ins Leben träte. Doch macht nach österreichischem Rechte eine Ausnahme der Fall der Nichtigkeit eines Vertrages aus dem Grunde der Furcht oder Irreführung, und der Nichtigkeit einer letztwilligen Anordnung wegen Abgang

17) Der Kläger hat aber nicht die Nichtausübung des Rechtes zu beweisen, sondern nur zu behaupten; es ist Sache des Beklagten darzuthun, daß während der Verjährungszeit das Recht ausgeübt oder die Verjährung sonst gehindert wurde. (Entsch. G. Z. 1868 Nr. 45, Pl. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 98 [= Sammlung VI. Nr. 3026, VIII. Nr. 3907]).

18) Unger S. 446.

1) Vgl. Savigny S. 413—437 Unger 510—513.

Digitized by Google

eines Geschäftserfordernisses, welche Geschäfte nach 3 Jahren zur Geltung gelangen, wenn sie nicht inzwischen im Klagewege oder excipiendo als nichtig angefochten worden sind (§. 1487). Was die eigentlichen Einreden (im materiellrechtlichen Sinne) angeht, so ist zwischen jenen, die nur als Einrede und jenen, die zugleich klageweise geltend gemacht werden können, zu unterscheiden. Bei den ersteren (z. B. exc. rei vend. et trad.) wird die Unverjährbarkeit allgemein zugegeben, weil die Geltendmachung dieser Einreden nicht im Belieben des Exceptionsberechtigten liegt, sondern durch die Anbringung der Klage bedingt ist (§. 1478). Bezüglich der letzteren wird (mit Ausnahme jener wenigen, die als Klaganspruch und als Einrede einen verschiedenen Inhalt haben) meist die Verjährbarkeit behauptet[2]), weil nach österreichischem Recht mit der Verjährung nicht nur der Klaganspruch, sondern auch das demselben zu Grunde liegende Recht untergeht und daher nichts übrig bleibt, was excipiendo geltend gemacht werden könnte, da der durch Verjährung untergegangene Anspruch auch als Einredeanspruch nicht mehr existirt. Allein dagegen ist zu bemerken, daß die Einreden als Ansprüche, die niemals auf eine Leistung gehen, immer nur präjudicieller Natur sind, und daß, sowie die präjudiciellen Klagsansprüche regelmäßig nicht verjähren, auch die Einreden in der Regel der Verjährung entzogen sein müssen. Dazu kommt, daß die Verjährung hier das Gegentheil dessen bewirken würde, was sie sonst bezweckt[3]); sie soll den dermaligen factischen Zustand in einen rechtlichen verwandeln — die Einredeverjährung würde ihn durch die Entziehung der Vertheidigungsmittel zerstören; die Klagenverjährung soll die durch die Zeitlänge erschwerte Vertheidigung ersetzen — die Einredeverjährung würde diesem Zwecke entgegenarbeiten; die erstere soll die Processe vermindern — die letztere würde sie vermehren. Aus der Verjährbarkeit der Einreden würde sich (Savigny[4]) die Abnormität ergeben, daß, wenn z. B. ein Landgut im Jahre 1841 mit der Beredung verkauft worden wäre, daß die Tradition sogleich, die Zahlung aber erst im Jahre 1843 erfolgen soll, die Erfüllung aber von beiden Seiten unterblieben wäre, im Jahre 1872 auf Bezahlung des Kaufpreises ohne die Verbindlichkeit zur Uebergabe des Landgutes geklagt werden könnte, weil diese Verbindlichkeit und damit die exc. non adimpl. contr. bereits verjährt wäre.

Die Einreden sind also ihrer Natur nach unverjährbar: es gilt auch für das österreichische Recht der Grundsatz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.

Auch von dieser Regel besteht aber eine Ausnahme. Da nach österreichischem Recht gewisse präjudicielle Klagsansprüche verjährbar sind, so müssen dies auch die darauf gestützten Einreden sein. Demgemäß verjährt die Einrede der Gewährleistung[5]) nach §. 933 und ebenso die Einrede

2) Vgl. Savigny S. 418 ff., Unger S. 510, 512 f. und die von ihm S. 514 Note 46 a Angeführten; ebenso oft auch die Praxis; vgl. die Entsch. G. H. 1862 Nr. 51 [= Sammlung IV. Nr. 1597]. Etwas anders Keller §. 92.

3) Savigny S. 425, 426, Puchta §. 95.

4) S. 421.

5) Entsch. G. H. 1862 Nr. 51, G. H. 1861 Nr. 10 [= Sammlung IV. Nr. 1597, III. Nr. 1148], Keller S. 183, 629, Unger S. 513 Note 46.

Digitized by Google

aus den präjudiciellen Ansprüchen des §. 1487, d. i. außer den bereits erwähnten Einwendungen der Nichtigkeit einer letztwilligen Erklärung[6]) und eines an dem Mangel der Furcht oder Irreführung leidenden Vertrages die exceptio laesionis enormis, die Einrede der durch Undank verwirkten Schenkung und jene einer regelwidrig vorgenommenen Theilung. Wer Ansprüche dieser Art hat, muß sie binnen drei Jahren im Klagwege geltend machen oder sich damit innerhalb dieser Zeit gegen eine gegen ihn angestellte Klage vertheidigen; eine spätere Vertheidigung wäre nicht mehr zu berücksichtigen.[7]) Der Grund dieser Bestimmung ist offenbar der, daß hier die gesetzliche „Absicht obwaltet, das Rechtsverhältniß nur frisch und neu zur rechtlichen Discussion zu bringen."

§. 160. Vom Urtheil.[1])

Die schließliche Entscheidung der unter den Parteien streitig gewesenen Rechtsfrage durch den Richter heißt das Urtheil. Dieses ist entweder stattgebend oder abweisend oder gemischt, d. i. theils stattgebend, theils abweislich.[2]) Das abweisliche Urtheil ist lediglich eine Verneinung der Grundhältigkeit des vom Kläger erhobenen Anspruches[3]); ein besonderes Recht erwächst hieraus für den Beklagten nicht; es könnte also z. B. der mit der negatorischen Klage erfolglos Belangte auf Grund des abweislichen Urtheils keineswegs um die grundbücherliche Eintragung seiner Servitut anlangen.[4]) Eine Ausnahme[5]) davon machen die sog. doppelseitigen Urtheile (judicia duplicia)[6]), wohin nach österreichischem Recht lediglich[7])

---

6) Dagegen Entsch. G. Z. 1858 Nr. 107, 124 [= Samml. II. Nr. 563, Riehl IV. S. 1828], Unger Erbrecht S. 103.

7) Plen. Entsch. G. Z. 1861 Nr. 129 (= Jud. B. Nr. 36) drei Entsch. in G. Z. 1861 Nr. 10 [= Samml. III. Nr. 1268, 1148, Riehl II. S. 1068].

1) Savigny VI. §§. 280—301, Wächter Handb. II. §. 73 S. 557 f., Buchka Einfluß des Processes auf das mat. Rechtsverh. (1846, 1847). Unger II. S. 601—692.

2) Savigny S. 301 f., Unger S. 606.

3) Savigny S. 320 f., Unger S. 610 f. Und zwar enthält ein schlechthin abweisliches Erkenntniß die Verneinung auch jeden Theiles des Klagebegehrens: Savigny S. 306, 377, Unger S. 614 f.

4) Entscheidung G. H. 1865 Nr. 45 [= Sammlung V. Nr. 2085].

5) Daß der Richter auch dem Kläger den Ersatz der Proceßkosten auflegen kann, ist keine wahre Ausnahme: Savigny S. 328 Note h.

6) Vgl. Ihering Beitr. z. Lehre v. Bes. (Dogm. Jahrb. IX.) S. 58 f. Bangerow I. §. 336 S. 368—377. Windscheid §. 127 Note 2, Eck die sog. doppelseitigen Klagen 1870.

7) Als weitere Scheinausnahme führt man noch auf die „eigentliche" gleichzeitige Widerklage, und zählen Viele zu den doppelseitigen Klagen auch die possessorischen Interdicte. Savigny S. 328 f., Unger S. 611 f., der Note 27 a und 28 diese Duplicität insbes. auch für das österr. Recht in Anspruch zu nehmen scheint. Dazu Rechtsfall in der G. H. 1865 Nr. 82 [nicht enthalten in den Sammlungen — Entsch. des O. L. G.], wo der Beklagte im Besitzstörungsproceß in der Einrede das Begehren um Schutz in seinem Besitze stellte und damit in der ersten und zweiten Instanz durchdrang.

Digitized by Google

die Erkenntnisse über eine Theilungsklage[8]) gehören; auf Grund derselben kann auch der Geklagte um deren Vollstreckung einschreiten.

Die Wirkung eines rechtskräftigen[9]) Endurtheils ist, daß es für die Zukunft den ausschließlichen Beurtheilungsmaßstab für das streitig gewesene Rechtsverhältniß bildet, soweit der Inhalt des Urtheils reicht.[10]) Demgemäß kann factisch (materiell) ein wirklich vorhanden gewesener Anspruch durch das abweisliche Urtheil zerstört, ein nicht vorhandener durch das stattgebende neu begründet worden sein, und darum rechnet man zuweilen das Urtheil unter die Entstehungs- und Erlöschungsgründe von Rechten[11]); allein juristisch ist diese Anschauungsweise verwerflich, da jedes rechtskräftige Urtheil formell als[12]) die genaue Beantwortung der streitig gewesenen Rechtsfrage, als genaue Feststellung des Rechtsverhältnisses, wie es von allem Anfang war[13]), somit jede von dem Urtheil abweichende Privatansicht formell als eine irrige angesehen werden muß. Darum sagt man, das Urtheil sei nicht von constitutiver, sondern von declarativer Natur[14]); und wenn es auch ausnahmsweise constitutiv ist (z. B. bei einer Ehetrennung, Rescission eines Geschäftes, Creirung einer Servitut (§. 842)), so müssen doch die factischen und rechtlichen Voraussetzungen, die eine solche Entscheidung rechtfertigen, auch hier als vorhanden angesehen werden.

Aus der Natur eines Urtheils als einer definitiven Entscheidung des streitig gewesenen Rechtsverhältnisses[15]) ergeben sich von selbst folgende Consequenzen:

---

8) Plen. Entsch. G. Z. 1867 Nr. 63 [= Sammlung V. Nr. 2355].

9) Rechtskraft im formellen und im materiellen Sinne: Unger S. 603 Note 3, S. 621 f., 641. Hier ist vorwiegend von der letzteren die Rede.

10) L. 6. D. de exc. rei jud. 44. 2. Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Savigny S. 259 f., Unger S. 620.

11) L. 3. pr. D. 25. 3.: Placet enim ejus rei judicem jus facere. Savigny S. 263.

12) Savigny S. 261 nennt darum die Rechtskraft der richterlichen Urtheile eine Fiction der Wahrheit, und Möser (Patriot. Phantasien IV. Nr. 3) hat dafür den Ausdruck des „förmlichen Rechts". L. 207. D. de R. J. 50. 17: Res judicata pro veritate accipitur. Vgl. Unger S. 618, wo aber Note 8 Savigny's Lehre von der Fiction bekämpft wird.

13) Unger S. 619.

14) Unger a. a. O.

15) Den Inhalt des Urtheils bildet nur die Feststellung der Rechtsansprüche, nicht der Thatsachen; darum erwachsen die richterlichen Annahmen rücksichtlich der letzteren nicht in Rechtskraft, und es müssen daher die nämlichen Thatsachen, wenn sie in einem neueren Rechtsstreit wieder relevant sind, abermals bewiesen werden. Unger S. 621 f. Vgl. aber auch die Entsch. G. Z. 1868 Nr. 66 = G. H. 1869 Nr. 4 [= Samml. VI. Nr. 3064]. Ein rein condemnatorisches Urtheil entscheidet denn auch nicht über die Präjudicialfragen, da ja die Verurtheilung aus ganz verschiedenen Gründen erfolgen kann (anders begründet dies Unger S. 628 f.), ein abweisliches nicht über das Recht des Beklagten (oben bei Note 4), denn der Richter hat nur entschieden, daß das Recht dem Kläger nicht zustehe, nicht aber, daß dem Beklagten ein solches zustehe — die letztere Annahme, selbst wenn sie die des Richters ist, ist nur der Grund, nicht der Inhalt der

Digitized by Google

1) Aus dem Urtheil entspringt die Einrede der entschiedenen Streitsache (exceptio rei judicatae)[16], wenn derselbe Anspruch unter denselben Personen[17] durch einen späteren Rechtsstreit erneuert, also von dem abgewiesenen oder obsiegenden[18] Kläger wiederholt gestellt, oder von dem sachfälligen Beklagten angefochten werden wollte.[19] Der später erhobene Anspruch erscheint aber als identisch mit dem abgeurtheilten, wenn er mit demselben dem Gegenstand und dem Rechtsgrunde nach zusammenfällt, und die Streitparteien juristisch gleichfalls die vorigen sind; das letztere trifft auch dann zu, wenn der Singular- oder Universalnachfolger oder der juristische Repräsentant der einen oder der anderen Streitpartei aus der bereits entschiedenen Streitsache auftreten wollte.[20] Treffen diese Voraussetzungen zu, so kann aus dem vorigen Rechtsgrunde auch nicht einmal ein Theil desjenigen, was früher abgesprochen wurde, in Anspruch genommen werden[21]; dagegen steht nichts im Wege, aus einem neuen Rechtsgrund[22] selbst den ganzen früher abgesprochenen Gegenstand abermals zu begehren.

2) Das Urtheil bildet für die Zukunft ein vollständiges Beweismittel über das darin festgestellte Rechtsverhältniß, insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten, welche eben auf dem früher entschiedenen Rechtsverhältnisse

---

Entscheidung (Unger S. 633). Danach ergibt sich auch die Beantwortung der vielbestrittenen Frage (vgl. darüber Savigny Seite 350—409, Unger S. 640—649, Mages G. Z. 1870 Nr. 34) über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe. Vgl. Entwurf einer C. P. O. für den norddeutschen Bund §. 340 [R. C. P. O. §. 293].

16) Hofd. 15. Jänner 1787 lit. aa.

17) L. 3. D. h. t. 44. 2: Julianus . . . respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur. Savigny S. 285, 418, Unger S. 651.

18) Vgl. einen Fall: G. Z. 1874 Nr. 8 (Entsch. II. Instanz).

19) Savigny S. 427, Unger S. 651.

20) Savigny S. 466 f., Unger S. 666 f.

21) Savigny S. 448, Unger S. 655 f.

22) Den Rechtsgrund bildet bei persönlichen Klagen der Entstehungsgrund der Obligation, bei unpersönlichen das Recht selbst. Der mit der Klage aus dem Kaufvertrag Abgewiesene kann noch immer aus dem Titel des Darlehns klagen, nicht aber der mit der Eigenthumsklage Abgewiesene das Eigenthum auf Grund eines anderen Erwerbstitels geltend machen (Savigny S. 454, Unger S. 658 f.). Ein neuer Rechtsgrund im Sinne des Textes liegt aber auch in Fällen der letzteren Art vor 1) wenn nach der Abweisung ein neuer Erwerbsgrund eintrat (sog. causa superveniens, Savigny S. 463, Unger S. 660) und 2) wenn die Klage im Petit auf einen bestimmten Erwerbsgrund z. B. Tradition beschränkt wurde (sog. causa adjecta s. expressa); da kann z. B. aus dem Rechtsgrunde der Ersitzung noch immer geklagt werden (Savigny S. 466, Unger S. 660, 601, dessen Begründung aber unrichtig ist). Rechtsgrund ist übrigens nicht identisch mit Klage (im materiellen Sinne); aus einem Rechtsgrunde können verschiedene Klagen (z. B. eine Contracts- und eine Delictsklage) entspringen; gleichwohl wird, wer mit der Commodatsklage auf Entschädigung klagt und abgewiesen wird, den gleichen Entschädigungsanspruch auch mit der Delictsklage nicht mehr geltend machen können (Savigny S. 424, Unger S. 662 f.). Dagegen sind verschiedene Rechtsgründe vorhanden bei den Klagen auf actus und iter (Savigny S. 420, Unger S. 653), bei der public. Klage und der rei vind. (Unger ebda.), bei der Klage auf Rückstellung aus dem Titel des Eigenthums und der Bereicherung (Savigny S. 420, Unger S. 652).

Digitized by Google

beruhen[23]), wie bei der Klage auf Alimentation auf Grund der bereits richterlich festgestellten Paternität, bei der Klage auf Zinsen von einem früher zuerkannten Capital.[24]) In der Regel ist die Verwendung dieses Beweismittels nur zwischen den früheren Parteien und ihren Rechtsnachfolgern zulässig (§. 12 b. G. B.). Ausnahmsweise wirkt aber ein Urtheil auch für und gegen dritte Personen; so

a) wenn dadurch ein Familienverhältniß festgestellt wurde; auf Grund eines solchen Urtheils können auch Ansprüche von und gegen bestimmte Verwandte[25]) erhoben werden;

b) die urtheilsmäßige Feststellung untheilbarer Rechte (z. B. Prädialservituten) wirkt activ und passiv auch in Betreff derjenigen Mitbetheiligten (z. B. Miteigenthümer), die nicht Proceßparteien waren;

c) der siegreiche Erbschaftskläger wird ipso jure auch den Legataren und Erbschaftsgläubigern verpflichtet[26]);

d) das Urtheil gegen den Miether wirkt auch gegen den Aftermiether (Min.-V. 16. Nov. 1858 §. 21);

e) wurde die Anfechtungsklage bezüglich eines bücherlichen Rechtes grundbücherlich angemerkt, so wirkt das stattgebende Urtheil auch gegen alle nach dieser Anerkennung auf das erwähnte bücherliche Recht Eingetragenen (G. B. G. §. 61)[27]);

f) die im Concurse in besonderen Processen ergangenen Entscheidungen über die Richtigkeit und die Rangordnung der bestrittenen Ansprüche sind für die Gesammtheit der Gläubiger rechtswirksam (C. O. §. 136);

g) die urtheilsmäßige Nichtigerklärung des Ausgleiches im Concurse wegen Betruges ist, wenn sie auch nur von einzelnen Betheiligten erwirkt wurde, für alle am Ausgleich Betheiligten bindend (C. O. §. 242).

---

23) „Das Urtheil über das präjudicielle Recht legitimirt den Kläger zur Klage über das bedingte Recht". Unger S. 672. Aber nicht nur präjudicielle Erkenntnisse können die Basis eines späteren Urtheils bilden; man denke an den Fall, daß die vom Eigenthumskläger erstegte Sache später wieder in den Besitz des Beklagten kommt (Unger S. 673). Auch der Beklagte kann in die Lage kommen, das freisprechende Urtheil als Basis einer neuen Klage zu gebrauchen, z. B. wenn er unbekannt mit der Existenz des absolutorischen Urtheils die Schuld bezahlt, wo er dann auf Grund desselben die condictio indebiti anstellen kann (Unger S. 674). Endlich kann das Urtheil auch als Einredegrund dienen, wie wenn z. B. der Beklagte eine ihm urtheilsmäßig zugesprochene Forderung compensando entgegensetzt (Unger S. 673 Note 118 a).

24) Dagegen kann das Urtheil über das bedingte Recht (z. B. Zinsen) nicht auch umgekehrt als Beweis für das bedingende gebraucht werden. Unger S. 675.

25) Savigny S. 471 f., Unger S. 670. Es kann also z. B., wenn die Paternität des A festgestellt ist, auch gegen seine Eltern (die Großeltern des Kindes), wofern sie alimentationspflichtig sind, auf dieser Grundlage die Alimentation begehrt werden.

26) Savigny S. 474 f. Wenn hingegen A gegen B die Erbschaftsklage erhebt, so hat die Entscheidung auf die spätere Erbschaftsklage zwischen A und C oder B und C keinen Einfluß. Ebenso, wenn zwischen dem Testamentserben und dem Legatar über die Giltigkeit des Testamentes gestritten wurde.

27) Auch fiscalische Pränotationen, die keiner Rechtfertigung bedürfen, müssen angemerkt werden. Entsch. G. H. 1868 Nr. 91 [= Sammlung VI. Nr. 3119].

Digitized by Google

3) das Urtheil, wodurch Jemand zu einer Leistung verurtheilt wurde, fügt zu dem ursprünglichen Rechtsgrunde einen neuen verstärkend hinzu, so daß es nicht mehr nöthig ist, sich auf den früheren Rechtsgrund zu berufen, sondern die Berufung auf die Verurtheilung genügt. Darum ist aber das Urtheil doch keineswegs, wie Manche wollen, eine Novation[28]) der ursprünglichen Forderung, da Zinsenlauf, Pfandrecht und Bürgschaften (anders als nach §. 1378 bei der Novation) aufrecht verbleiben[29]); auch nicht eine sog. nov. cumulativa[30]), wonach zu dem ursprünglichen Anspruch ein neuer concurrirend hinzuträte[31]), weil auch dann für diesen neuen Anspruch die für den ersten bestellten Pfandrechte und Bürgschaften nicht ohne weiteres gelten würden, sondern es besteht lediglich eine Verstärkung des bisherigen Verpflichtungsgrundes durch den neuen, aller Anfechtung enthobenen Verpflichtungsgrund.[32])[33])

---

28) Soz. B. Winiwarter, Ellinger, Stubenrauch u. A. Vgl. die Literatur bei Unger S. 687.

29) Unger S. 679, Windscheid §. 129 Note 4.

30) Ein Ausdruck, der eine contradictio in terminis enthält; vgl. Unger S. 678 Note 4. Hingegen vertheidigt Geller G. Z. 1869 Nr. 15—17 diese Idee, und gesellt dem Urtheil und Vergleiche auch noch den Wechsel als derartigen Fall bei.

31) Dieser Ansicht ist im Wesentlichen auch Unger S. 677 f., indem er immer von zwei Obligationen spricht, die zwar materiell identisch, formell aber verschieden sind. Indessen möchte das Unrichtige bei Unger wohl nur auf ein Vergreifen im Ausdrucke und darauf hinaus laufen, daß er die causa judicati daraus deducirt, daß man kraft staatlicher Einrichtung dem richterlichen Befehl gehorchen müsse. In der That befiehlt aber der Richter nicht, er entscheidet nur. Richtig ist übrigens, daß manche Aussprüche der Quellen auf das Concurrenzverhältniß zweier Obligationen hinweisen.

32) Treffend Windscheid §. 129: „es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung". Vgl. auch Savigny S. 411. — Der Rechtsgrund der Verurtheilung (die causa judicati) darf schon darum nicht mit dem ursprünglichen Rechtsgrund in eine Linie gestellt werden, weil er selbst diesen voraussetzt, auf ihm beruht. Ist man verurtheilt, so entsteht immer die Frage: aus welchem Grunde ist man verurtheilt? Und die Antwort wird z. B. lauten: Weil man Darlehensschuldner ist. Ein ordnungsmäßig ausgefertigtes Urtheil wird einen solchen Grund auch immer nennen. Es kann also das Urtheil nicht als selbstständiger Rechtsgrund angesehen werden, sondern es setzt nur den ursprünglichen Rechtsgrund außer Zweifel. Auch diesfalls steht es mit dem Urtheil so, wie mit dem Vergleich und Anerkennungsvertrag (vgl. unten); eine nachträglich anerkannte Forderung (§. 1497) beruht zugleich auf dem Rechtsgrund der Anerkennung und dem ursprünglichen Rechtsgrund und bleibt doch nur Eine Forderung: die Mehrheit der vorhandenen Rechtsgründe erzeugt eben nicht nothwendig eine Mehrheit von (concurrirenden) Rechten.

33) Weil dieser neue Verpflichtungsgrund aller ferneren Anfechtung enthoben ist, hat der siegende Kläger nun die actio judicati, die sich von der ursprünglichen Klage dadurch formell unterscheidet, daß sie in Form eines Gesuches um Vollstreckung des Urtheils auftritt. Aus gleichem Grunde muß Derjenige, der die Erlöschung der Urtheilsklage durch ein dem Erkenntniß nachgefolgtes Factum behauptet, dies im Wege der sog. Oppositionsklage thue, nicht aber im Wege einer Einwendung oder eines Recurses gegen die bewilligte Execution. (Hofd. v. 22. Juni 1836 Nr. 145 J. G. S. Entsch. G. Z. 1863 Nr. 43 [= Sammlung IV. Nr. 1658]; vgl. auch Unger S. 625 Note 22.)

Digitized by Google

4) Fällige durch Urtheil zuerkannte Forderungen, die sonst einer außerordentlichen kürzeren Verjährungszeit unterliegen, verjähren nunmehr nur in der ordentlichen Verjährungszeit (J. M. V. v. 21. Juli 1858 Nr. 105 R. G. B.), weil die Gründe, welche die außerordentliche Verjährungszeit motivirten, mit der erfolgten Verurtheilung weggefallen sind. Diese Gründe sind die Verhinderung einer fortschreitenden Häufung von Rückständen (so im Falle des §. 1480), die gesetzliche Absicht, das Rechtsverhältniß nur frisch und neu zur rechtlichen Discussion zu bringen (so §. 1487 sechster Fall, §. 1489), die Nothwendigkeit, gewisse Verhältnisse binnen einer gewissen Zeit zur vollen Festigkeit und Unumstößlichkeit zu bringen, zuweilen auch mitwirkend die Wahrscheinlichkeit des Verzichtes auf die Forderung (§. 1487, zweiter, dritter und vierter Fall, §§. 933, 1096, 1111, 1490 u. a.). Diese Gründe bestehen nach der Einklagung und urtheilsmäßigen Feststellung nicht mehr. Wurde aber im Urtheil auch auf Zahlung künftig verfallender periodischer Leistungen erkannt (z. B. das Urtheil lautet auf Zahlung der Zinsen vom Tage der Klagbehändigung bis zum Tage der noch ausstehenden Zahlung des Capitals), dann unterliegen die nach dem Tage der Rechtskraft des Urtheils verfallenden Giebigkeiten dieser Art neuerdings der im §. 1480 festgesetzten dreijährigen Verjährung, (Just. M. V. cit.), weil hier die ratio der kürzeren Verjährung, die Gefahr fortschreitender Häufung von Rückständen, ungeschwächt fortdauert. Darum bezieht sich auch die cit. Min. V. nur auf „Forderungen", nicht auch z. B. auf Servituten, obwohl auch diese in einer außerordentlichen Zeit verjähren können (§. 1488), denn bei den letzteren wird durch das Urtheil die ratio der außerordentlichen Verjährungszeit nicht beseitigt. — Die Unterbrechung der Verjährung einer durch Urtheil zugesprochenen Forderung erfolgt durch das Ansuchen um Execution (arg. §. 1497).[34])

5) Lautet das Urtheil auf Einräumung eines dinglichen Rechtes an einem unbeweglichen Gute oder auf Zahlung einer Forderung, so kann nach eingetretener Rechtskraft auf Grund desselben, wie auf Grund einer anderen Tabularurkunde um die bücherliche Eintragung des dinglichen Rechtes auf das bestimmte Gut, bezw. um Eintragung des Pfandrechtes auf ein beliebiges unbewegliches Gut des Schuldners angesucht werden (A. G. O. §§. 302, 304, 322, 311). Das Zahlungsurtheil bildet einen sog. Titel zum Pfandrechte (§. 450 b. G. B.).

---

34) Entsch. G. H. 1864 Nr. 14 [= Riehl IV. S. 1925.] Anders zu beurtheilen ein Straferkenntniß, in welchem bloß die Ersatzpflicht im Allgemeinen ausgesprochen, die Liquidirung des Betrages aber dem Civilrechtswege vorbehalten wurde. Vgl. Jud. B. Nr. 17 in der G. Z. 1872 Nr. 72 [= Sammlung II. Nr. 961].

Digitized by Google

§. 162. Die Anerkennung.[1])

Die Anerkennung oder der Anerkennungsvertrag ist ein Vertrag, durch welchen die Parteien ohne gegenseitiges Nachgeben[2]) ein bestimmtes Rechtsverhältniß in endgiltiger Weise feststellen. Er unterscheidet sich vom Vergleich lediglich durch die Unentgeltlichkeit.

Der Anerkennungsvertrag ist entweder bejahend oder verneinend, je nachdem er die Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses zum Gegenstande hat, letzteres z. B. wenn der Gläubiger die erfolgte Zahlung einer Schuld anerkennt; er ist ferner entweder constitutiv oder declarativ, je nachdem er neues (subjectives) Recht macht[3]) oder nur das vorhandene feststellt; seiner Form nach ist er endlich entweder ausdrücklich oder stillschweigend; eine stillschweigende Anerkennung einer Schuld liegt z. B. in der Bitte des Schuldners um Zufristung, in seiner Entschuldigung wegen verzögerter Zahlung (Hfd. v. 21. November 1812)[4]), in der Bestellung eines Pfandes durch den Schuldner, in der Zahlung der Zinsen[5]) eines geschuldeten Capitals, in der Leistung einer Abschlagszahlung[6]), der Mitunterfertigung der Cessionsurkunde durch den Cessus u. s. w. Eine ausdrückliche Anerkennung liegt insbesondere in der zweiseitigen Feststellung eines Guthabens mittelst Berechnung oder Abrechnung[7]), in der Ausstellung eines Schuldscheins, selbst wenn demselben die Angabe der causa debendi fehlt[8]) u. s. w.

Die Wirkung der declarativen Anerkennung besteht, wie die des Urtheils[9]) und des Vergleiches, in der endgiltigen Feststellung des zweifelhaft oder streitig gewesenen Rechtsverhältnisses und bei einer durch Anerkennung festgestellten Leistungspflicht in dem Hinzutritt eines neuen Verpflichtungsgrundes, so daß sich der Gegentheil des Anerkennenden auf die Anerkennung als für sich vollwirksamen Verpflichtungsgrund berufen kann (arg. §. 669 b. G. B.).[10]) Da sich jedoch die Anerkennung, wie der Ver-

1) Vgl. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855. 2. Aufl. 1867, Unger II. S. 162—169, Vangerow I. §. 88, Unger z. L. v. Anerkennungsvertrag, in d. Dogm. Jahrb. VIII. S. 179—220 (abgedruckt in der G. Z. 1866 Nr. 30—34). Hesse über das Wesen und die Arten der Verträge d. heut. röm. R. 1868 §§. 35—58. Endemann Handelsrecht S. 472 f. Entw. des deutschen Obl. Rechts Art. 992 f. Dazu R. Koch der Schuldanerkennungsvertrag und der Entw. eines deutschen Obl. R., in der deutschen G. Z. N. F. I. S. 137—152. Vgl. auch Sächs. G. B. §§. 1397—1401.

2) Durch die Betonung dieses Momentes unterscheidet sich diese Definition von der von Unger a. a. O. (G. Z. Nr. 30) gegebenen.

3) Vgl. Bähr S. 172, Koch S. 145, Unger a. a. O.

4) Entsch. G. Z. 1870 Nr. 30 [= Sammlung VIII. Nr. 3711].

5) Entsch. G. H. 1869 Nr. 50 [= Sammlung VII. Nr. 3339]. Anders Entw. cit. Art. 996. Dazu Koch S. 152.

6) Entsch. G. H. 1866 Nr. 40 [= Peitler Sammlung wechselr. Entsch. Nr. 376].

7) Entw. cit. Art. 993. Dazu Koch S. 150.

8) Entwurf cit. Art. 994. Dazu Koch a. a. O. S. 147. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 76 [= Sammlung VII. Nr. 3283].

9) Diese Parallele wird namentlich von Unger a. a. O. stark hervorgehoben.

10) Entsch. G. Z. 1869 Nr. 62 [nicht enthalten in den Sammlungen] erblickt in einer von dem Schuldner als richtig

Digitized by Google

gleich, immer auf einen in der Vergangenheit liegenden — eben den anerkannten — Rechtsgrund stützt, so genügt die einfache Anerkennung eines Anspruchs des Compaciscenten ohne Angabe dieses Rechtsgrundes nicht, die Intabulirbarkeit des so urkundlich anerkannten Anspruchs herzustellen (§. 435 b. G. B.).[11]) Sodann beseitigt die Anerkennung[12]), wie der Vergleich, alle etwa vorhanden gewesenen Einwendungen (arg. §§. 665, 1396, 1387)[13]), vorausgesetzt nur, daß das anerkannte Rechtsverhältniß kein absolut verbotenes ist. Doch bleibt die Einwendung der Compensation dem Anerkennenden vorbehalten, es werden auch die dritten Interessenten gegen das anerkannte Rechtsverhältniß zustehenden Einwendungen, wenn sie der Anerkennung nicht zugestimmt haben, nicht berührt (arg. §§. 1390, 1379, 665), und es hindert die Anerkennung nicht die spätere Entstehung neuer Einwendungen. Besonders zu beachten ist die der Anerkennung innewohnende rückwirkende Kraft[14]): Das anerkannte Rechtsverhältniß ist nicht erst von der Zeit der Anerkennung an, sondern von der Zeit der (anerkannten) ursprünglich rechtserzeugenden Thatsache an als rechtlich begründet bezw. rechtswirksam anzusehen; ein relativ nichtiges Geschäft erscheint daher kraft seiner späteren Anerkennung als von Anfang an giltig, ein anfechtbar gewesenes gilt als von Anfang unanfechtbar, und wenn eine vorausgegangene, Schulderlöschung wirkende, Thatsache als in einem bestimmten Zeitpunkte vor sich gegangen anerkannt wird, so entfällt vom Tage dieser Thatsache der Zinsenlauf, und sind die etwa bereits empfangenen weiteren Zinsen wieder zurückzuerstatten.

Nach alledem ist klar, daß die declarative Anerkennung nicht einen neuen Anspruch erzeugt, sondern nur den vorhandenen befestigt. Die juristische Qualität des Anspruchs bleibt somit unverändert[15]): ein anerkannter Schadenersatzanspruch bleibt ein Schadenersatzanspruch mit der ihm anklebenden kurzen Verjährungszeit (§. 1489), während er, wenn daraus eine Vertragsobligation entstanden wäre, in der ordentlichen Zeit verjähren müßte. Nur bei rückständigen periodischen Leistungen, die als geschuldet anerkannt werden, hat die Anerkennung den Einfluß, daß die nun neu beginnende Verjährung wegen der entfallenen Periodicität nur in der ordentlichen Zeit vollendet werden kann[16]); daß ferner die Anerkennung eine laufende Verjährung und Ersitzung unterbricht, ist ausdrücklich (§. 1497) bestimmt; in Form eines gerichtlichen Vergleiches oder eines Notariatsactes

---

anerkannten Verrechnung eine hinreichende Begründung der Klage des Gläubigers. Vgl. auch §. 1123 b. G. B.

11) Entsch. G. Z. 1869 Nr. 103 [= Sammlung VII. Nr. 3544].

12) Wofern sie selbst nicht nichtig oder anfechtbar ist: vgl. Entsch. G. Z. 1867 Nr. 48 [= Sammlung V. Nr. 2643], Unger a. a. O. (G. Z. Nr. 31) und Gürgens dogm. Jahrb. VIII. S. 221 f.

13) In dem Note 6 cit. Rechtsfalle wurde entschieden, daß wenn auf eine Forderung, welche wegen unterlassener Anmeldung im Vergleichsverfahren erloschen ist, nachträglich Abschlagszahlungen geleistet wurden, diese Erlöschung nicht mehr eingewendet werden könne.

14) Die Analogie der Ratihabition ist wohl unabweislich. Vgl. Unger Syst. II. S. 165 f.

15) Entsch. G. Z. 1867 Nr. 42 [= Sammlung V. Nr. 2633]. Vgl. aber auch Pl. Entsch. Sammlung II. Nr. 497.

16) So die in Note 15 cit. Pl. Entsch.

Digitized by Google

endlich hat die Anerkennung alle Wirkungen eines Urtheils, insbesondere auch die Executionsfähigkeit (§. 298 A. G. O. §. 3 Not. O. v. 1871).

Ganz anders die constitutive Anerkennung. Sie befestigt nicht ein vorhandenes Rechtverhältniß, sondern schafft ein ganz neues (wie das z. B. beim leg. debiti der Fall sein kann §. 665). Durch sie kann auch ein absolut nichtiges Geschäft die Kraft eines giltigen erlangen[17]), wenn es nur nicht ein gesetzlich unzulässiges ist; auch vermag die constit. Anerkennung ein verjährtes[18]) oder auf andere Art erloschenes Recht wieder herzustellen, während die declarative Anerkennung nur die Verjährung unterbricht. Thatsächlich ist sonach die constitutive Anerkennung der einzige Verpflichtungsgrund, auf den sich die Pflicht des Anerkennenden, das Recht seines Compaciscenten stützt. Allein da die Anerkennung, wie Vergleich und Urtheil, kein selbständiger, sondern auf einen anderen sich stützender Rechtsgrund ist[19]), so muß vermöge einer juristischen Fiction auch hier außer der Anerkennung noch ein zweiter in der Vergangenheit liegender Rechtsgrund als vorhanden angesehen werden, und eben dadurch unterscheidet sich die Anerkennung von einem sonstigen unentgeltlichen Rechtsgeschäft. Daraus aber folgt der wichtige Satz, daß auch die constitutive Anerkennung rückwirkende Kraft hat, d. h. daß die Wirkungen eines durch sie ins Leben gerufenen Rechtes schon von jenem Momente an datiren, wo der in der Anerkennung genannte besondere Entstehungsgrund stattgefunden haben soll.[20]) Ebenso, wenn umgekehrt eine thatsächlich nicht eingetretene Erlöschung als Erlöschung anerkannt wird.[21])

Die Anerkennung ist anfechtbar[22]), wenn sie auf einer irrthümlichen[23]) oder einer solchen Voraussetzung beruht, welche zur Rückforderungsklage berechtigt. Es ist in diesem Sinne anfechtbar das in der irrigen Meinung

---

17) So wenn ein von einem Minderjährigen empfangenes Darlehen von ihm nach erreichter Großjährigkeit anerkannt wird (Pl. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 30 [= Sammlung VIII. Nr. 3711]), oder wenn auf ein in der That nicht oder nicht in vollem Betrag zugezähltes Darlehen Abschlags- oder Zinsenzahlungen geleistet werden (vgl. Note 5, 6).

18) Entsch. G. Z. 1869 Nr. 6 (= G. H. 1869 Nr. 68 [Sammlung VI. Nr. 3148].

19) Wer eine nicht existirende Schuld anerkennt, pflegt sie doch als Darlehns-, als Schadenersatzschuld u. dgl. zu bezeichnen.

20) Wird eine verjährte Wechselschuld als bestehend anerkannt, so gebühren dem Gläubiger die Zinsen nicht erst vom Tage der Anerkennung, sondern von da an, von wannen an sie ihm gebühren würden, wenn die Verjährung nicht in Mitten läge. Vgl. auch die in Note 18 allegirte Entsch.

21) Wird ein nicht zurückgezahltes Darlehen als bezahlt quittirt, obwohl der Quittirende weiß, daß es nicht bezahlt ist und Zahlung auch nicht erwartet, so ist es von dem Tage an als erlassen zu behandeln, an welchem es laut der Quittung bezahlt worden sein soll.

22) Vgl. Entwurf cit. Art 995.

23) Doch genügt dieser Umstand nicht immer, die Anerkennung anfechtbar zu machen; s Note 26. Insbesondere kann ein Verzicht auf ein concretes Recht nicht wegen bloßen Irrthums des Verzichtenden, sondern nur bei concurrirendem Dolus des Gegners angefochten werden (arg. §§. 930, 1200, 1387, 1422); darum ist auch eine vom Cessus dem Cessionar gegenüber abgegebene Anerkennung der Schuld nur bei vorliegender Unredlichkeit des letzteren anfechtbar (§. 1396).

Digitized by Google

einer bestehenden rechtlichen Verbindlichkeit gemachte Versprechen[24]) z. B. eines Erben, der irrig meint, es sei ihm testamentarisch eine gewisse Entrichtung auferlegt worden und diese verspricht, oder der über eine irrthümlich angenommene Verbindlichkeit ausgestellte Schuldschein (indebitum promissum, arg. §. 1431); die abgegebene Erbserklärung auf Grund eines scheinbar giltigen Testamentes hindert den erbserklärten Erben nicht, das Testament anzufechten, wenn er sich über den Mangel der wesentlichen Förmlichkeiten desselben im Irrthum befunden hat.[25]) Darauf beruht es auch, daß anerkannte Rechnungen salvo errore calculi, doli et omissionis als anerkannt anzusehen sind (§§. 242, 1388 b. G. B., Art. 294 H. G. B.), und daß die einen Rechtsbesitz begründende, weil eine Anerkennung in sich fassende Leistung, Duldung oder Unterlassung (§. 313) petitorisch angefochten werden kann (§. 347). Wird jedoch eine verjährte Schuld aus Unkenntniß der Verjährung als bestehend anerkannt, so kann sie nicht mehr angefochten werden, weil auch die bereits erfolgte Zahlung nicht anfechtbar gewesen wäre.[26])

§. 166. Der Grund des Besitzesschutzes.

Der dem (im römischen, wie im heutigen Rechte) geltenden Beweissystem zu Grunde liegende Satz, daß, wenn weder der Kläger noch der Geklagte etwas bewiesen hat, nicht der Geklagte verurtheilt, sondern der Kläger abgewiesen werden muß (actore non probante reus absolvitur)[1]), ist nicht etwa eine ungerechtfertigte Begünstigung des Geklagten, sondern er beruht auf der ganz richtigen Betrachtung, daß der Richter eine Veränderung des bisherigen Zustandes nicht anordnen soll, so lange ihm nicht hinreichende Gründe dafür beigebracht worden sind.[2]) Dieser mit den

---

24) Entsch. G. Z. 1867 Nr. 48 (oben Note 12).

25) Entsch. G. Z. 1856 Nr. 30 (vgl. auch 1857 Nr. 143, 144, Ziffer 45, 46) [= Sammlung I. Nr. 118]. Dagegen benimmt die Anerkennung eines Testamentes, dem die unzulässige Resolutivbedingung des §. 700 beigerückt ist, dem Anerkennenden das Bestreitungsrecht (Entsch. G. Z. 1857 Nr. 109 [= Sammlung I. Nr. 327]).

26) Entsch. G. Z. 1869 Nr. 6, 24 [= Sammlung VI. Nr. 3148, 3145].

1) Wo dieser Grundsatz nicht gilt, da finden wir in den verschiedenen Rechtssystemen sehr abweichende Behandlungen des Falles, und es kann dabei in der That jeder selbständige Besitzesschutz als entbehrlich erscheinen. Im altrömischen Vindicationssystem wird die Sache dem zugesprochen, dessen Recht von dem Richter als das wahrscheinlichere befunden wird (Ihering Grund des Besitzesschutzes S. 61); ähnlich im altenglischen Recht (vgl. Ihering Note 69); nach altdeutschem Recht gewährte der Sachbesitz das Vorrecht, sein Eigenthum (durch Beschwörung) zu beweisen (Walter deutsche Rechtsgesch. §. 683, Bruns Recht des Bes. S. 35—39, Delbrück die dingl. Klage des deutschen Rechtes §§. 11, 59, Randa Besitz S. 248 Note 27); das althebräische Recht muß wohl dem Richter die Macht eingeräumt haben, das Streitobject unter die streitenden Parteien zu vertheilen, da ohne diesen Grundsatz das bekannte Salomonische Urtheil wohl nicht möglich gewesen wäre — und auch im altdeutschen Recht finden wir Aehnliches (Walter a. a. O. §. 658, Bar Beweisurtheil S. 228).

2) Daher bleibt der Beklagte auch während des Processes in dem Genusse, in welchem er schon früher war.

Digitized by Google

natürlichen Rechtsgrundsätzen ganz übereinstimmende Satz leidet jedoch, wenn zu seiner Ergänzung nicht gewisse Garantien geschaffen werden, an dem doppelten Uebelstande:

1) daß er leicht umgangen werden kann, weil es Mittel gibt, den natürlichen Geklagten d. i. den im Genuß des angestrebten Vortheils Befindlichen aus seiner Geklagtenstellung hinaus und in jene des Klägers hinüberzudrängen, und

2) daß nicht selten die Frage, welcher von beiden Theilen als Kläger, und welcher als Geklagter auftreten werde — obwohl von ihr allein, die Unmöglichkeit der Erbringung des dem Kläger obliegenden Beweises vorausgesetzt, der Ausgang des Processes abhängt — vom reinen Zufall abhängt.

Gegen solche Eventualitäten Vorsorge zu treffen, ist ein Bedürfniß; es müssen somit, damit der erwähnte Beweisgrundsatz nicht das Gegentheil dessen bewirke, was er bewirken soll, die Parteirollen fixirt, und, wenn sie aus dem Geleise gebracht wurden, regulirt werden. Das Mittel dazu bildet, wie nun erwiesen werden soll, der Besitzesschutz.

Spricht Jemand eine in fremdem Besitze befindliche Sache an, ohne Aussicht, als Kläger im Proceßwege durchzudringen, weil es ihm an den erforderlichen Beweismitteln fehlt, so wird er sich leicht verleiten lassen, sich eigenmächtig (durch List oder Gewalt) in den verweigerten Besitz zu setzen[3]), und wird so den Verdrängten nöthigen, als Kläger aufzutreten; damit wird er aber, wenn dieser die erforderlichen Beweise gleichfalls nicht beibringt, zugleich bewirken, daß er (der Dejicient), dem obigen Beweisgrundsatz zum Trotz, die gewünschte Sache definitiv erlangt. Zur Hintanhaltung solcher Vorkommnisse ist es unbedingt nothwendig, dem verdrängten Besitzer, mag er ein Recht zum Besitze gehabt haben oder nicht, eine Klagerecht auf Wiederherstellung des verlorenen Besitzes, also auf Wiedererstattung der eigenmächtig entzogenen Sache zu gewähren, und ihm so die Stellung des Geklagten zu wahren.

Spricht ferner Jemand zwar nicht den Besitz und das Eigenthum der fremden Sache, wohl aber das Benutzungsrecht[4]) an dem fremden Grundstück[5]) an, gleichfalls ohne hinreichende Beweise für die Grundhältigkeit seines Anspruchs zu haben, so wird ihm die Versuchung nahe liegen, mit der Benutzung eigenmächtig zu beginnen, und sich an die Protestationen des

---

3) Erfahrungsgemäß greifen meist nur solche Personen, die im ordentlichen Rechtsweg ihren Anspruch nicht durchsetzen zu können glauben, zur Eigenmacht. Ebenso zeigt die Erfahrung, daß nach dem possessorischen der petitorische Rechtsweg nur selten betreten wird. Durch beides empfiehlt sich der Besitzesschutz. Daran knüpft der Gedanke Iherings (vgl. Text dieses Paragraphen a. E.) unmittelbar an.

4) Der Fall kann auch so vorkommen, daß er zwar das Eigenthumsrecht anspricht, seinen Anspruch aber nicht durch Verdrängung des Besitzers, sondern durch den Beginn der Benutzung des Grundstückes in's Werk zu setzen versucht.

5) Der Einfachheit wegen wird nur dieser Fall hervorgehoben. Besitzstörungen (im Gegensatz von Besitzentziehungen) kommen regelmäßig nur bei unbeweglichen Sachen (meistens bei praed. rust.) vor. Bei beweglichen Sachen geben fast nur Besitzentziehungen Anlaß zu Besitzklagen.

Digitized by Google

Grundeigenthümers nicht zu kehren. Damit wird er diesen nöthigen, im Klagswege gegen die anmaßliche Benutzung aufzutreten. Müßte nun der Kläger den Beweis der Anmaßlichkeit erbringen, und könnte dieses nicht, so würde es bei der angemaßten Benutzung bleiben. Daher muß, damit solche Mißbräuche hintangehalten werden, dem Besitzer auch gegen bloße Störungen des Besitzes — denn eine solche liegt in der eigenmächtigen Benutzung einer im fremden Besitze befindlichen Sache — ein ähnlicher Schutz wie gegen eigenmächtige Besitzesentziehung gewährt werden.

Derartige Erwägungen waren auch für die römischen Prätoren bestimmend, als sie mit ihren interdicta recuperandae possessionis zum Schutze des eigenmächtig entzogenen Besitzes, und mit den int. retin. poss. zum Schutze des gestörten Besitzes das Verbot jeder eigenmächtigen Entziehung oder Störung fremden Besitzes erließen, und dem gekränkten Besitzer ohne Rücksicht auf die Rechtlichkeit oder Unrechtlichkeit seines Besitzes das Recht gewährten, auf Rückstellung der entzogenen Sache und bezw. auf die Unterlassung jeder weiteren Störung zu klagen.

So entstand der Besitzesschutz als Garantie des Proceßgrundsatzes actore non probante reus absolvitur gegen die mißbräuchliche Umgehung desselben.

In anderen Fällen war es nicht das in fraudem legis agere, was den erwähnten Grundsatz illusorisch machte, sondern die zufällige Beschaffenheit der Streitsache selbst. Befand sich nämlich Jemand seit geraumer Zeit[6]) in dem ruhigen unbestrittenen Genuß irgend eines Benutzungsrechtes an einem fremden Grundstück, (z. B. des Fahrwegrechtes), der Eigenthümer widersetzte sich aber, ob mit Recht oder Unrecht, der fortgesetzten Ausübung, so war es, um die Sache zur richterlichen Austragung zu bringen, oft von entscheidender Bedeutung, ob der Grundeigenthümer mit der Klage auf Ablassung von der bisherigen Benutzung, oder sein Gegner mit der Klage auf fortgesetzte Gestattung derselben auftrat. Konnte der Klagende den stricten Beweis für seine Behauptungen nicht erbringen, so mußte er abgewiesen werden, im ersten Falle also der Grundeigenthümer mit seinem Begehren um Untersagung der weiteren Ausübung, im zweiten sein Gegner mit dem Begehren um weitere Gestattung derselben.[7]) Die Entscheidung darüber, ob die Benutzung fortgesetzt oder sofort unterlassen werden solle, war also von dem zufälligen Umstand abhängig, wer von jenen Beiden als Kläger auftrat. Das Mittel, diesem Uebelstand abzuhelfen, fand der Prätor nun auch wieder in der dem Schutze des Sachbesitzes zu Grunde liegenden Idee. So wie mittelst des geschilderten Besitzesschutzes dem im Genusse des Bestehenden Befindlichen die Stellung des Beklagten gewahrt

6) Dieses (an sich nicht wesentliche) Moment wird hervorgehoben mit Rücksicht darauf, daß das röm. R. den Wegegerechtigkeiten Besitzesschutz nur gewährt, wenn sie in dem letzten Jahre wenigstens dreißigmal ausgeübt worden sind. Windscheid §. 164.

7) Denkbar wäre es auch, daß beide Parteien als Kläger auftreten. Hätten beide abgewiesen werden sollen, wenn keiner den erforderlichen Beweis erbrachte? Der ältere Vindicationsproceß war judicium duplex (Jhering S. 59), die Lösung also die in Note 1 angegebene.

Digitized by Google

wurde, so sollte auch dem bisherigen Inhaber des Genusses die Beklagtenstellung zufallen und ihm dadurch garantirt werden, daß ihm das Recht eingeräumt wurde, gegen jeden eigenmächtigen Eingriff in den Genuß, wie gegen eine Besitzstörung, gerichtlichen Schutz zu suchen. Diese Benutzung war zwar kein Besitz[8]), aber das Analogon eines solchen, daher Quasibesitz genannt. Auch dieser sollte also gegen eigenmächtige Aenderungen geschützt und so dem Quasibesitzer für alle Fälle die Stellung als Geklagter gewahrt bleiben. So entstand — eine nachweislich jüngere Schöpfung[9]) — der Schutz des Rechtsbesitzes als ein nothwendiges Mittel der Regulirung der Parteirollen in Fällen, wo dieselben nicht durch die Natur der Sache fixirt erscheinen.

Die nachrömische Zeit baute in diesem Sinne weiter, und man erklärte als Gegenstand des Rechtsbesitzes und seines Schutzes außer der Emphyteuse, der Superficies und den Servituten[10]), welche schon nach römischem Rechte Gegenstand der juris quasi poss. waren, auch die bischöfliche Gewalt, das Jurisdictionsrecht, die Reallasten, Bannrechte und andere den Römern unbekannt gewesene Rechte, durchaus mit der diesem Schutze schon ursprünglich zu Grunde liegenden Idee der Nothwendigkeit der Regulirung der Parteirollen bei mißbräuchlicher oder aus Zufall herbeigeführter Verschiebung derselben.

Der Besitzesschutz ist sonach (neben der Beweisregulirung) das zweite materiellrechtliche Mittel eines wirksamen Rechtsschutzes und gewissermaßen eine Ergänzung desselben[11]); dadurch rechtfertigt sich die Einreichung dieser Materie in den allgemeinen Theil und insbesondere in das Hauptstück vom Schutz der Rechte.[12]) Der zum Schutz des Besitzes anhängig gemachte Rechtsstreit wird im Gegensatze zu demjenigen, in welchem es sich um das Recht handelt (dem petitorischen), der possessorische genannt.

Was im Vorstehenden als das legislativ-politische Motiv des Besitzesschutzes entwickelt wurde, entspricht keineswegs der herrschenden Lehre.[13])

---

8) Sein ursprünglicher Begriff setzt körperliche Detention voraus.

9) Windscheid §. 151 Note 3.

10) Das röm. R. schützt noch nicht einmal den Besitz aller Servituten. Windscheid §. 164, Vangerow I. S. 889 f. Vgl. Randa §. 28 Note 4.

11) Soweit muß man Ihering unbedenklich zustimmen.

12) Denn der Besitzesschutz ist ja eben wesentlich ein Mittel für einen wirksamen Rechtsschutz; in den allgemeinen Theil aber muß die Lehre vom Besitz schon darum gestellt werden, weil Gegenstand des Besitzes nicht nur Sachenrechte, sondern Rechte überhaupt sind, woferne sie eine dauernde Ausübung zulassen.

13) Fremd ist ihr der hier entwickelte Gedanke keineswegs; bei zahlreichen Schriftstellern ist er mehr oder weniger bestimmt betont, bei keinem aber als die eigentliche Basis der Gewährung des ganzen Besitzesschutzes hervorgehoben, und in jenen Zusammenhang gebracht, in welchem er hier steht. Vgl. Vangerow I. §. 337 (S. 774), §. 355 (S. 890), der als „wesentlichen Zweck der richterlichen Entscheidung" bei den int. ret. poss. den anerkennt, „die Parteirolle für die rei vind. („für das Petitorium") zu bestimmen", dagegen die int. recup. poss. (wie Savigny alle possessorischen Interdicte) für Delictsklagen erklärt. Den bezeichneten Zweck weist den int. ret. poss. ausdrücklich zu L. 1. §. 2. 3. D. uti poss. 43. 17. und noch bestimmter Gajus IV. 148. Wie Vangerow auch Arndts §. 171. — Windscheid §. 148:

Digitized by Google

Man glaubt[14]) dieses Motiv vielmehr bald in dem Unrechte der Gewalt, bald in der Nothwendigkeit, Gewaltthätigkeit zu verhüten, bald in der angeblich in dem Besitz liegenden Vermuthung des Rechtes, bald in dem Rechte der Persönlichkeit, welche in dem Besitze verkörpert sein soll, bald in dem Grundsatze, daß der Besitz an sich besser sei, als der Nichtbesitz, und noch in manchen anderen Umständen gefunden zu haben. Das Unzureichende dieser Annahmen hat Ihering in seiner Schrift „über den Grund des Besitzesschutzes" schlagend nachgewiesen. Aber auch der von ihm angegebene Grund[15]) des Besitzesschutzes, der auf eine eigentlich nur dem Eigenthümer zugedachte, jedoch nothwendig auch dem Nichteigenthümer zukommende Beweis-erleichterung hinauslaufen soll, kann, wie schon viele Schriftsteller bemerkt haben[16]), abgesehen, daß er nicht römisch und auch nicht modernrechtlich ist, darum nicht als richtig angesehen werden, weil es bei dieser Theorie nicht begreiflich wäre, warum selbst der Eigenthümer zur Herausgabe der von ihm einem Anderen eigenmächtig entrissenen Sache verurtheilt werden muß, sogar wenn er den sofortigen Beweis erbringt, daß er der wahre Eigen-thümer sei.[17])

Des Weiteren ist nun zu untersuchen[18]) die rechtliche Natur des Be-sitzes, seine Entstehung und Erlöschung und die Art seines Schutzes.

„Das thatsächliche Bestehen eines Zustandes" also auch des Besitzes, gewährt „demjenigen, welcher ihn mit seinem Willen festhält, den Vortheil, daß er im Processe der Beklagte, somit frei vom Beweise ist" ... „Eigenmacht des Gegners darf er durch Selbstvertheidigung zurückweisen." Als Grund des Besitzesschutzes nennt aber Windscheid nicht die Noth-wendigkeit der Wahrung der Beklagten-stellung für den Besitzer, sondern die Widerrechtlichkeit der Eigenmacht. Neu-ner Wesen und Arten der Privatrechts-verhältnisse S. 139 erklärt geradezu, es bestehe die ratio des Besitzesschutzes „in der Absicht, dem Besitzer das processua-lische commodum possessionis gegenüber jedem Dritten zu conserviren, welcher den Besitz ebenfalls für sich beanspruche, aber statt zu seiner Erlangung den Rechts-weg zu betreten, Eigenmacht übe oder zu üben Miene mache." Dagegen bemerkt aber nicht mit Unrecht Bürkel krit. Vtljschr. XI. S. 230, 231, man müsse sofort fragen, warum dem Besitzer als solchem das commodum possessionis con-servirt werde? Vgl. auch Büchel über die Natur des Besitzes S. 40, 50. Selbst Ihering sagt Beiträge S. 62, daß die Interdicte eingeführt seien, um „für den Eigenthumsproceß das interimistische Besitzverhältniß zu reguliren", wobei er freilich wohl dem Zusammenhange nach nur die int. ret. poss. im Auge gehabt zu haben scheint.

14) Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Ihering Beitr. S. 3—44, Randa §. 8, Windscheid §. 146, Note 6.

15) S. 45 f. der zweiten Auflage.

16) Arndts §. 135, A. 2, Bekker Actionen II. S. 327 f., Dernburg Preuß. Priv. R. S. 313 f.

17) Der von Ihering behauptete Zweck des Besitzesschutzes wird demnach nicht durchgreifend erreicht. Von dem im Text bezeichneten Standpunkt aus dagegen ist es begreiflich, daß gegen die Besitzklage die Einwendung des Rechtes nicht helfen kann, auch wenn sie sofort erwiesen werden kann: der Nichtbesitzer soll ja immer der Vindicant sein, und der Besitz während des Eigenthumsstreites bei dem Beklagten; es bedarf also auch in dem im Text angegebenen Falle der Regelung der Parteirollen.

18) Aus der überaus reichen Litera-tur der Lehre sind besonders hervor-zuheben: Savigny das Recht des Be-sitzes 1803, 6. Aufl. (nach welcher hier citirt ist) 1837, 7. Aufl. 1865. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848. Koch die

Digitized by Google

§. 170. Objecte des Besitzes.[1])

Gegenstand des Besitzes können (oben) sowohl Sachen als Rechte sein, sowohl im Ganzen, als zu intellectuellen Theilen. Fraglich aber ist, inwiefern körperliche Theile einer Sache Gegenstand eines besonderen Besitzes sein können.[2]) Die Frage hat einen zweifachen Sinn; einmal, ob der einzelne Theil für sich allein Gegenstand des Besitzes sein kann, so daß die übrigen Theile gar nicht oder von einem Anderen besessen werden; sodann aber, ob derjenige, der das Ganze besitzt, auch die Theile, aus denen es besteht, als selbständige Objecte (mit selbständiger Wirksamkeit) besitzen könne.[3])

Die erste Frage beantwortet sich dahin, daß zunächst der Regel nach nur an Grundstücken einzelne beliebige Theile ausschließlich besessen werden können, weil es hier von der Willkühr abhängt, wo man die Grenzen des Besitzobjectes zieht[4]); nur kann naturgemäß an Bäumen, Gebäuden oder einzelnen Stockwerken kein abgesonderter Besitz stattfinden.[5]) Bei beweglichen Sachen ist ein abgesonderter Besitz einzelner Theile nur dann möglich, wenn der Theil entweder aus seiner Verbindung mit dem Ganzen gelöst wurde, oder wenn, wie dies bei zusammengesetzten Sachen oft der Fall ist, die Verbindung eine solche ist, daß die einen Theil einer andern Sache bildende Sache ihre Selbständigkeit nicht ganz verloren hat[6]), wo die Theilsache sehr wohl von dem Besitzer des Ganzen im Namen eines Anderen detinirt werden kann.[7])

L. v. d. Besitz nach preuß. R. 1839. Lenz das Recht des Bes. u. seine Grundlagen 1860. Puchta im Rechtslex. II. S. 41—73 und nun Ihering Beiträge z. L. v. Besitz in seinen dogm. Jahrb. IX. S. 1—106. (Sep. Abdruck unter dem Titel: Ueber den Grund des Besitzesschutzes.) Vgl. ferner Holzschuher II. 1. S. 3—65, Arndts §§. 129, 135 bis 143, 171—173, 187, 192, Keller §§. 115—123, 157—159, 180, 186, 188. Vangerow I. §§. 198—210 und III. §§. 677, 690, 691. — Von österr. Juristen: Winiwarter in Pratobevera's Mat. VII. S. 411 f., Ascona Trattato del possesso secondo i principj del diritto romano col confronto del diritto austriaco 1844. Randa der Besitz nach österr. R. 1865 und dessen Aufsätze in der österr. Vtljschr. VII. S. 256 f., XI. S. 1—27, XIV. S. 240 f., G. Z. 1863 Nr. 64, 65, Helm zur Theorie des Besitzes, in der österr. Vtljschr. XIII. S. 265 f., XIV. S. 155—199. Weitere Angaben bei Dworzak Versuch einer vergleichenden Darstellung der wichtigsten Doctrinen über den Besitz seit Savigny in ihren Hauptpunkten, in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1847 II. S. 132 f., Haimberger röm. Priv. R. II. S. 4 f., und besonders bei Savigny in der Einleitung des oben genannten Werkes [und im Anhang der 7. Auflage].

1) Savigny S. 133, 134, 613—619, Puchta Rechtslex. S. 46, 49—54, 68, 69.

2) Vgl. über diese vielbesprochene Frage Savigny §. 22 und Einl. S. LXVII.—LXXII., Puchta im Rechtslex. S. 50 f., Pand. §. 128, Vangerow I. §. 204, Arndts §. 138, Unger I. S. 419—425.

3) Savigny S. 297, Puchta S. 51.

4) Savigny S. 297, 298, Puchta a. a. O.

5) Savigny S. 301, 302, Puchta a. a. O. [Vgl. aber Ges. 30. März 1879 R. G. B. Nr. 50].

6) So das mit einem Wagen verbundene Rad, der mit einem Gewehr verbundene Ladstock ꝛc.

7) Unger S. 421, 422 Note 11. In andern Fällen ist ein abgesonderter

Digitized by Google

Die zweite Frage ist im Allgemeinen zu bejahen.[8]) Uebt Jemand an einem nicht gestohlenen Wagen, mit dem ein gestohlenes Rad verbunden ist, den Usucapionsbesitz aus, so ersitzt er beide Theile selbständig (§. 1476)[9]); wird das Ganze vor vollendeter Ersitzung in Theile zerlegt, so wird die Ersitzung der Theile so fortgesetzt, als ob sie von Anfang an selbständige Stücke gewesen wären[10]); darum wird auch, wenn Jemand ein Grundstück kauft, mit welchem ein dem Verkäufer nicht gehörendes Stück verbunden ist, letzteres selbständig ersessen[11]), und ebenso besitzt und ersitzt derjenige, der eine Sache mit einer andern ohne Specification verbunden (z. B. einen Stein in einen Ring gefaßt) hat, beide selbständig.[12])

Damit eine Sache Gegenstand des Besitzes sein könne, muß sie im Verkehre stehen[13]), im Allgemeinen oder wenigstens im Verkehre der bestimmten Person (§. 311). Von den öffentlichen Sachen (res publicae) gehören die öffentlichen Wege nicht zu den außer Verkehr gesetzten Gegenständen; sie sind daher Gegenstand des Besitzes und zwar stehen sie meist im Besitze des Staates oder der betreffenden Gemeinden; dieser Besitz wird geübt durch die im Interesse des Staates oder der Gemeinde stattfindende allgemeine Benutzung durch das „Publicum“[14]), welche, durch die gehörige

Besitz eines integrirenden Bestandtheils aus dem Grunde nicht denkbar, weil eine selbständige Beherrschung desselben ohne gleichzeitige Beherrschung des Ganzen nicht möglich ist.

8) Savigny S. 303 will sie im Allgemeinen verneinen.

9) Savigny S. 304 meint, daß in diesem Falle Rad und Wagen in derselben Zeit ersessen werden.

10) Savigny S. 304, 305 behauptet hingegen, daß für den gewesenen Theil ein neuer Besitz und eine neue Ersitzung anfange, nur die justa causa werde auf die Theile übertragen. — Eine Beschränkung des im Text Gesagten muß aber allerdings eintreten, wenn eine unbewegliche Sache (Gebäude) in bewegliche Stücke zerlegt wird; hier beginnt die dreijährige Ersitzung erst mit der erfolgten Zerlegung, weil das Stück erst hiemit zur beweglichen Sache wurde. Wäre aber die Zerlegung weniger als drei Jahre vor vollendeter Ersitzung des Gebäudes geschehen, so wird mit der letzteren auch das Eigenthum der nun beweglichen Stücke ersessen.

11) Dies gibt auch Savigny S. 306 Note 1 zu.

12) Dafür auch Savigny S. 309, Puchta S. 52, 53.

13) Savigny S. 133, 134, Arndts §. 138. Die Außerverkehrsetzung hebt den Besitz sofort auf. L. 3. §. 17. D. h. t.

14) Das Gemeindegut unterscheidet sich vom Gemeindevermögen eben durch die Art, in der das Eigenthum daran ausgeübt wird. Das gebrauchende Publicum erscheint in derselben Weise als Repräsentant der Gemeinde oder des Staates, wie z. B. der Commodatar als Repräsentant des Commodanten. Der allgemeine Gebrauch muß, wenn er Besitz begründen soll, als Recht ausgeübt werden, wie ja auch sonst das Gehen eines einzelnen Privaten über ein fremdes Grundstück den Besitz der Fußsteigservitut nur dann im Gefolge hat, wenn es in der Prätension eines dem Gehenden zustehenden Wegerechtes, also mit offener Ankündigung oder trotz gegnerischen Widerspruchs oder auf Grund freiwillig übernommener Duldungsverpflichtung stattfindet. Dieses Bewußtsein muß nun auch in dem Falle des Textes die Gemeinderepräsentanz (nicht die einzelnen Gemeindeglieder) haben; als innere Willensrichtung kann sein Vorhandensein aber auch aus den Umständen erschlossen werden, namentlich aus der Länge der Zeit, aus der allgemeinen herrschenden Ueberzeugung u. s. w. Vgl. die Entsch. G. Z. 1858 Nr. 129, 130, G. H. 1863 Nr. 52, 1866 Nr. 67 [= Riehl I. S. 553 f., Sammlung IV. Nr. 1675, V. Nr. 2212].

Digitized by Google

Zeit fortgesetzt, auch Ersitzung bewirken, und dadurch selbst eine Privatsache in eine öffentliche verwandeln kann[15]), bis dahin aber wenigstens possessorisch zu schützen ist.[16]) Oeffentliche Wege oder Theile derselben können aber auch von Privaten mit der Wirkung in Besitz genommen werden[17]), daß dieser Besitz gegen eigenmächtige Eingriffe Dritter, ja selbst gegen einseitige Verfügungen der Staats- oder Gemeindeorgane possessorisch geschützt wird, wenn diese Verfügungen nicht aus öffentlichen Rücksichten getroffen wurden[18]); über die Frage, ob dies der Fall sei, entscheidet die Administrativbehörde.

Unter den öffentlichen Sachen sind hingegen die öffentlichen Gewässer[19]) völlig außer Verkehr stehend und darum nicht Gegenstand des Besitzes; das Gleiche gilt vom fließenden Wasser überhaupt, weil es (oben) nicht Sache im technischen Sinne ist. Weder ein Privater, noch die Gemeinde oder der Staat können daher als Besitzer eines Baches oder eines Flusses trotz langjähriger ausschließlicher Benutzung desselben angesehen werden[20]), sondern erscheinen höchstens als Besitzer des Wasserbenutzungsrechtes, also als Rechtsbesitzer, und es wird dieser Besitz nicht von den Gerichten, sondern von den Administrativbehörden nach den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes (§. 75 W. G.) geschützt.[21]) Ein nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu schützender Besitz entsteht nur, insoweit er auch ein Servitutenbesitz ist (§. 475 Nr. 7, §. 476 Nr. 12, §. 477 Nr. 2). Wenn das W. G. §. 3 Abs. 2 von den den Besitz an Gewässern schützenden Vorschriften des a. b. Rechtes spricht, und davon sogar die Frage abhängig macht, ob das Gewässer als öffentliches oder privates anzusehen sei, so soll damit durchaus nicht der Frage vorgegriffen werden, ob zur Entscheidung über diese Besitzesfrage die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden berufen sind.

---

15) Uebereinstimmend die Entsch. G. Z. 1858 Nr. 129, 130 (vor. Note).

16) So auch Entsch. G. H. 1863 Nr. 52 [= Sammlung IV. Nr. 1675].

17) Unger I. S. 369. Vgl. den Rechtsfall bei Wildner im Jur. II. S. 297. Anders nach röm. Recht: Puchta Pand. §. 35, Arndts §. 49.

18) Es ist daher z. B. eine einseitige Absteckung des sog. Bauverbotsrayons um befestigte Plätze nicht als Besitzstörung zu behandeln; hätte dagegen Jemand einen öffentlichen Weg durch Umackerung mit seinem Felde vereinigt, so wird er Besitzer dieses Weges, und die eigenmächtige Wiederherstellung desselben durch die Gemeindevorstehung wäre nur dann keine Besitzstörung, wenn der Weg aus polizeilichen Rücksichten ein absolut nothwendiger wäre.

19) Auch die in einem Flußbett wegen niederen Wasserstandes bloßliegende Sandbank ist (Entsch. G. H. 1868 Nr. 37 [nicht enthalten in den Sammlungen]) nicht Gegenstand des Privatbesitzes und des possessorischen Schutzes, sondern es steht deren Ausbeutung nach §. 287 Jedermann frei.

20) Vgl. Schenk zur Wasserrechtsfrage 1861. Nicht zu rechtfertigen ist die Entsch. G. Z. 1853 Nr. 107 [nicht aufgenommen in den Sammlungen].

21) Vgl. schon §. 25 der Bestimmungen über den Wirkungskreis der Kreisbehörden (R. G. B. 1853 Nr. 10), Min. V. v. 7. Juli 1860 Nr. 172 R. G. Bl., Entsch. G. H. 1865 Nr. 103, 104, G. Z. 1866 Nr. 59, 81 [= Samml. V. Nr. 2557; die erstcit. Entscheidungen nicht aufgenommen in die Sammlungen].

Digitized by Google

Damit ein Recht Gegenstand des Besitzes sein könne[22]), muß es ebenfalls in dem Verkehre der bestimmten Person stehen (§. 311), und (oben) eine dauernde Ausübung zulassen. Demnach sind, wie nach römischem Recht, unzweifelhaft Gegenstand des Rechtsbesitzes: die Servituten, das Bodenrecht und das der römischen Emphyteuse entsprechende Erbpacht- und Erbzinsrecht. Obligationen sind nach römischem Rechte nicht Gegenstand des Besitzes[23]), und sind es regelmäßig auch nach österreichischem Rechte nicht, weil sie in den meisten Fällen eine dauernde Ausübung nicht zulassen[24]); wo sie aber eine solche ausnahmsweise zulassen, da müssen sie auch als taugliche Gegenstände des Besitzes angesehen werden[25]); so jene Forderungen, die auf ein Dulden oder Unterlassen des Schuldners gerichtet sind, wie die Rechte des Pachters, Miethers, Entlehners[26]), des Retentionsberechtigten, die verschiedenen privatrechtlichen Monopole (z. B. Jagd- und Fischereirecht, Regalien[27]), Bannrechte, Autorrecht[28]) u. s. w.); auch sind Gegenstand des Besitzes gewisse im Laufe der Zeit auf das Privatrechtsgebiet übertragene öffentliche Rechte, die eine dauernde Ausübung zulassen, wie: das Patronat (§. 1471)[29]), das Jurisdictionsrecht u. dgl.

Sehr bestritten ist, ob Forderungen, die auf eine wiederkehrende positive Leistung des Schuldners gehen, Gegenstand des Besitzes seien. Das Richtige ist, daß von solchen Forderungen nur die Reallasten (Zehenten, Grundzinse, Frohnden u. dgl.) Besitzobjecte bilden, da sie im deutschen Rechte von jeher als solche betrachtet wurden, und auch die österreichische Gesetzgebung eine Reihe von Bestimmungen über den possessorischen Schutz solcher Bezugsrechte enthält, insbesondere dieselben auch als Gegen-

---

22) Vgl. bes. Randa in Haimerl's Vtljschr. XI. S. 1—27, G. Z. 1856, Nr. 138, 139.

23) Savigny S. 618, Arndts §. 218.

24) Vgl. Unger I. S. 546, Aufsatz in der G. Z. 1856 Nr. 138, 139. Dagegen meint Wehli G. Z. 1869 Nr. 8, daß Forderungen, über welche ein Schuldschein existirt, Gegenstand des Besitzes seien, denn in dem Schuldschein besitze man die Forderung; ebenso die Entsch. G. H. 1869 Nr. 18 [= Samml. VI. Nr. 3190], wo die Aufforderungsklage gegen den Besitzer der Schuldurkunde für unzulässig erklärt wird.

25) Vgl. den erwähnten Aufsatz G. Z. 1856 Nr. 138, 139, Randa XI. S. 19, Besitz S. 253 f., Bruns Besitz S. 480 f., Windscheid §. 464; insbes. gegen die abweichende Meinung Unger's I. S. 546, 613; vgl. Randa XI. Note 40.

26) Randa XI. S. 24, Windscheid §. 464 Note 4, Entsch. G. Z. 1856, Nr. 112 [Ziffer 54, 55], 1862 Nr. 144, 148, 1859 Nr. 100, 1869 Nr. 84, G. H. 1862 Nr. 35 [Ziffer 93 S. 325], 1867 Nr. 23, 1868 Nr. 96; vgl. 1869 Nr. 16 [= Sammlung IV. Nr. 1535, II. Nr. 990, 956, VII. Nr. 3462, V. Nr. 2478, VI. Nr. 3135, 3161]; vgl. Arndts krit. Ueberschau I. S. 358 über Pacht und Miethe; anders Savigny S. 140 f. — Nach Entsch. G. Z. 1869 Nr. 67 [= Samml. VII. Nr. 3252] ist auch ein Synagogensitz Gegenstand des Besitzes, dagegen nimmt die Entsch. G. Z. 1869 Nr. 70 [= Samml. VII. Nr 3412] an, daß Kirchensitze außer Verkehr stehen.

27) So ist z. B. der Bergbaubetrieb Gegenstand des Besitzes, und die Besitzstreitigkeiten gehören nicht vor das Forum des Berggerichtes (Entsch. G. H. 1860 Nr. 47 [= Samml. III. Nr. 1187].

28) Vgl. Randa XI. S. 17, Savigny S. 613—615, Puchta Pand. §. 137.

29) Randa a. a. O. S. 25, 26, Bruns S. 186 f., Windscheid §. 464 Note 5.

Digitized by Google

stand der Ersitzung erklärt hat (§§. 1470, 1471)[30]). Hingegen sind das Zinsenbezugsrecht des Verpachters, Vermiethers, Darleihers, der Entlohnungsanspruch des Dienstgesindes, der Rentenanspruch des Annuallegatars, Leibrentenkäufers, Pensionisten und andere derartige Forderungen auf wiederkehrende positive Leistungen nicht Gegenstand des Besitzes[31]); die entgegengesetzte Annahme und somit die Gewährung des Besitzesschutzes würde zu der Absurdität führen, daß der Schuldner, um sich von der weiteren Erfüllung der (nicht existenten) Verbindlichkeit zu befreien, gegenüber dem im Fortbezug bis dahin possessorisch geschützten Gläubiger petitorisch auf Anerkennung der Nichtexistenz der Forderung klagen müßte, was eine vollständige Umkehrung der ihnen zukommenden Parteirollen wäre.[32]) Nur bei dem Institut der Reallasten, welche man lange zu den Servituten gerechnet hat, hat sich diese Abweichung von der natürlichen Ordnung in der Annahme einer vom Schuldner anzustellenden actio negatoria utilis praktische Anerkennung verschafft.[33])

Streitig ist ferner, ob das Pfandrecht Gegenstand des Besitzes sei.[34]) Die Ausübung des Pfandrechts liegt in der Befriedigung aus dem Pfande durch Verkauf, gerichtlichen Zuschlag u. s. w., geschieht also durch einen Act, der eine Fortsetzung nicht zuläßt[35]); selbst die Befriedigung durch den von einem Sequester vermittelten Fruchtbezug macht keine Ausnahme, da der Sequester nicht im Namen des Pfandgläubigers, sondern in dem des Executen handelt, und diese Befriedigung auch hier in der von dem Sequester geleisteten Zahlung, also in einem kurz vorübergehenden Acte besteht. Das

30) Dies ist allgemein anerkannt: Randa a. a. O. S. 17, Savigny S. 613—615, Puchta Pand. §. 137, Unger I. S. 546 Note 25, welch' Letzterer freilich die Reallasten zu den dinglichen Rechten zählt.

31) So Entsch. G. H. 1862 Nr. 35 [S. 325 Z. 92] betreffend die Rechte einer Dienstperson, Wehli G. H. 1869 Nr. 8, Bruns S. 480 f., Randa a. a. O. Seite 24. Die beiden letzten mit der Motivirung, daß in diesen Fällen nicht nur eine Obligation, sondern eine Mehrheit von solchen vorhanden sei, von denen jede für sich durch einmalige Ausübung erlösche. Dagegen behauptet Arndts in der Besprechung von Randa's Besitz (krit. Vtljschr. VIII. S. 373 f.; auch abgedruckt in der G. Z. 1866 Nr. 80, 81), daß nach österr. R. auch das Zinsenbezugsrecht des Darleihers und ähnliche Rechte Gegenstand des Besitzes seien. Vgl. auch Windscheid §. 464 Note 4.

32) Die Tendenz des Besitzesschutzes geht dahin, dem Besitzer, welchem die Stellung des Beklagten gebührt, diese zu erhalten; dem Zinsen- und Rentengläubiger gebührt aber nicht die Stellung des Beklagten, sondern die des Klägers; der ihm gewährte Besitzesschutz würde also in der That die Parteirollen umkehren.

33) Unger I. S. 562, 563.

34) In einer Entsch. G. H. 1866 Nr. 84 [= Sammlung V. Nr. 2366] (vgl. auch Entsch. G. Z. 1857 Nr. 50 [Peitler Sammlung wechselr. Entsch. Nr. 93 (kurzer Auszug)]) wurde in allen drei Instanzen das Pfandrecht als Gegenstand des Besitzes anerkannt; der Besitz des Faustpfandgläubigers beginne mit der Uebergabe des Pfandstückes an den Gläubiger; dieser könne daher nicht zur Erweisung des Faustpfandrechtes, dessen er sich berühmt, auch nicht zum Erweise der dadurch bedeckten Darlehensforderung aufgefordert werden.

35) Unger I. S. 532 Note 81, II. S. 268 Note 55, S. 269 Note 55, Randa a. a. O. S. 6, 7. Im röm. R. ist das Pfandrecht Gegenstand des sog. abgeleiteten (Sach-) Besitzes. Savigny S. 336 f., Puchta Rechtslex. S. 47, 48.

Digitized by Google

Pfandrecht läßt also eine dauernde Ausübung nicht zu, und ist darum nicht Gegenstand des Besitzes.[36]) Dies gilt auch vom Faustpfandrecht, da die Detention der Pfandsache durch den Pfandgläubiger nicht als Ausübung des Pfandrechts angesehen werden kann (§. 1483 a. A.). Demungeachtet muß dem Faustpfandgläubiger gegen eigenmächtige Eingriffe Dritter, namentlich des Verpfänders, Besitzesschutz gewährt werden[37]), weil durch solche das in dem Faustpfandrecht inbegriffene Retentionsrecht verletzt wird, welches letztere (oben) allerdings Gegenstand des Besitzes ist.[38])

Am lebhaftesten bestritten ist aber die Frage, ob Familienrechte Gegenstand des Besitzes und damit des Besitzesschutzes seien. Die herrschende Meinung unter den österreichischen Schriftstellern ist für die Verneinung der Frage, weil Familienrechte nicht Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind (§. 311)[39]); andere verneinen die Frage, weil sie die Familienrechte nicht als wahre Rechte anerkennen wollen.[40]) Allein der Charakter von Rechten läßt sich ihnen nicht abstreiten, und was die Verkehrsfähigkeit anbelangt, so sind sie zwar unübertragbar, (so gut wie der Fruchtgenuß oder das Gebrauchsrecht, welche trotzdem Gegenstand des Besitzes sind); allein Familienrechte haben ein bestimmtes Subject, und mehr als die Fähigkeit, ein solches zu haben, wird auch im §. 311 nicht verlangt (vgl. auch §. 1455). Das canonische Recht[41]) hat das eheliche, das Eltern- und Kindesverhältniß von jeher als Gegenstand des Besitzesschutzes betrachtet und auch die heutige gemeinrechtliche Praxis[42]) wendet wenigstens beim Eltern- und Kindesverhältniß die Grundsätze vom Besitzesschutz an. Und in der That besteht auch das Bedürfniß eines solchen, wenn das eheliche Verhältniß durch böswillige Verlassung, das factisch ausgeübte elterliche Verhältniß durch eigenmächtige Entziehung des Kindes gestört wird. Darum bestimmt auch §. 1458[43]), daß zwar solche Familienverhältnisse nicht Gegenstand der Ersitzung sind, daß aber derjenige, welcher die Rechte eines Gatten, eines Vaters, eines

---

36) Man kann auch nicht sagen, das Pfandrecht enthalte ein Deteriorirungsverbot, und es sei der Pfandgläubiger im Besitze dieses Verbotsrechtes. — Wenn Zielonacki in d. österr. Vtljschr. IV. S. 100 behauptet, daß der Hypothekargläubiger wirklicher Besitzer sei, so läßt er sich durch die Worte der §§. 321, 322 irre leiten.

37) Auch Arndts in der erwähnten Besprechung (G. Z. 1866 Nr. 80; ähnlich Wehli G. H. 1869 Nr. 6) erklärt das Faustpfandrecht nach österr. Recht als Gegenstand des Besitzes, aber mit der unhaltbaren Motivirung, weil in der Verwahrung Besitzausübung liege — als ob die Ausübung des Hypothekenrechtes eine andere wäre, als die des Faustpfandrechtes. Vgl. dagegen Unger a. dem Note 35 a. O.

38) Daher ist das Pfandrecht des Vermiethers (§. 1101 b. G. B.) und das durch gerichtliche Beschreibung gewonnene des Executionsführers kein Gegenstand des Besitzes.

39) Harum G. Z. 1860 Nr. 36, Randa a. a. O. S. 2 Note 2. Eine andere Motivirung bei Savigny S. 465 f., 616 f.

40) Unger I. S. 510 f., II. S. 266 f.

41) Vgl. Savigny S. 616—618, Randa S. 3, 4.

42) S. Windscheid §. 464 Note 5, Bruns S. 422 Note 3.

43) Schuster Comm. S. 458 f. will freilich in dem, was dieser §. enthält, nur einen Ersatz des mangelnden Beweises der Filiation (wichtig namentlich bei erbrechtlichen Fragen) finden.

Digitized by Google

Kindes oder ein sonstiges Personenrecht in gutem Glauben[44]) ausübt, den einstweiligen Schutz des von ihm factisch ausgeübten Personenrechts beanspruchen kann; damit ist auch Familienverhältnissen der possessorische Schutz[45]) mit der einzigen Beschränkung zugesprochen, daß der Nachweis der Unredlichkeit des Klägers der Besitzesklage ihre Wirksamkeit sofort benimmt, während es in sonstigen Besitzstörungsfällen auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes nicht ankommt.

Auch die Frage, ob das Erbrecht Gegenstand des Besitzes ist, ist nicht unbestritten, ist aber entschieden zu verneinen[46]), da das Erbrecht als „das Recht, Erbe zu sein" kein Recht im technischen Sinne ist, und es daher auch keine Ausübung des Erbrechtes als solchen gibt. Eine eigenmächtige Besitznahme der Erbschaft, gegen welche übrigens während des Verlaßabhandlungsverfahrens amtlich eingeschritten werden müßte (§§. 797, 810), könnte nur, wenn die Erbschaft schon einen Besitzer hat, als Besitzeingriff angesehen werden; allein in solchen Fällen erscheinen weder das Erbrecht, noch die Erbschaft (als ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten des verschiedensten Inhalts)[47]), sondern nur einzelne in der Erbschaft begriffene Stücke in Besitz genommen, und der verletzte Erbe wird daher nur wegen Verletzung dieser possessorisch klagen.[48]) Dem Bedürfnisse endlich, unter mehreren Erbsprätendenten zu bestimmen, wer als Kläger und wer als Beklagter aufzutreten habe, wird im österreichischen Recht durch eine feste Normirung der Parteirollen entsprochen (§. 126 des Pat. v. 9. August 1854).

§. 172. Besitzergreifungsact beim einseitigen Besitzerwerb von Sachen.[1])

Der Sachbesitz ist ein Gewaltverhältniß einer Person über eine Sache. Da sich dasselbe bei verschiedenen Objecten verschieden manifestirt[2]), anders z. B. bei Geld, und wieder anders beim Ackergeräth und dem Weidevieh,

44) So schon c. 10, 13. X. de restit. spol.; vgl. Savigny S. 618.

45) Possessorischer Schutz, nicht etwa provisorischer Rechtsschutz, der schon auf Grund weniger strenger Beweise gewährt wurde. Vgl. Arndts in der erwähnten Besprechung (unter Berufung auf die römische possessio libertatis), Ungenannter G. Z. 1860 Nr. 22.

46) Uebereinstimmend Unger II. Seite 267 Note 57, Randa a. a. O. S. 26, 27, Stubenrauch III. S. 702, wenn auch aus theilweise abweichenden Gründen. Dagegen behauptet Arndts a. a. O., daß nach österr. Recht auch das Erbrecht als Gegenstand des Besitzes erscheine, da es, wie z. B. das Rentenrecht im Ganzen (§. 1480), ein Gesammtrecht sei, und läßt daher analog der hered. pet. als einer Universalklage auch eine possessorische Erbschaftsklage zu.

47) Viele derselben sind gewiß nicht Gegenstand des Besitzes. — Gewiß nicht entgegen der im Text vertretenen Ansicht §. 824 b. G. B., welcher den Pseudoerben einem redlichen oder unredlichen Besitzer gleichstellt.

48) Zu beachten auch §. 315 b. G. B., wonach man sich durch einseitige Apprehension nur soviel Besitz verschafft, als „wirklich ergriffen . . . betreten worden ist". —

1) Ihering Beitr. S. 136 f. Die bis auf ihn herrschende Lehre z. B. bei Savigny S. 232 f., Puchta Rechtslex. II. S. 56 f., Keller S. 226.

2) Darum ist es ganz verfehlt und führt zu völlig widersinnigen Ergebnissen,

Digitized by Google

so muß als Maßstab, an dem das Vorhandensein des Gewaltverhältnisses gemessen wird, die Art angenommen werden, in welcher der Eigenthümer seine Sachen zu behandeln und zu bewahren pflegt[3]), umsomehr, da sie, einmal in diese Lage gebracht, unter dem Schutze der in jedem Rechtsstaate herrschenden Achtung des fremden Eigenthums stehen.[4]) Der Sachbesitz ist also die äußere Manifestation des Eigenthumsrechtes oder die äußere Gestalt, in der uns das Eigenthumsrecht entgegentritt. Insofern bezeichnet Ihering nicht ohne Grund den Sachbesitz als die Thatsächlichkeit des Eigenthumsrechtes. Hieraus folgt, daß Besitz durch jeden Act erworben wird, welcher diese äußere Erscheinung zu erzeugen geeignet ist (oder, wie Ihering[5]) dies ausdrückt, wodurch die Eigenthumsabsicht constatirt wird.) Dieser Act richtet sich nach der Verschiedenheit der Objecte und es ist als Maßstab anzunehmen, daß die Sache in eine solche Lage gebracht werde, in welcher der Eigenthümer Sachen solcher Art nach ihrer Beschaffenheit zu haben pflegt.[6])

Einseitig erwirbt man hienach den Besitz an beweglichen Sachen durch die Ergreifung, sei es mit der Hand, wie bei Geldstücken, sei es mit Werkzeugen, wohin das Fangen des Wildes oder der Fische durch Fallen, Schlingen, Netze u. dgl. gehört[7]); allein solches Ergreifen für sich wäre nicht ausreichend, einen dauernden Besitz zu begründen; es muß vielmehr das Ergriffene auch in die seiner Beschaffenheit gemäße Lage gebracht, oder, wie das G. B. sagt, weggeführt und in Verwahrung gebracht werden (§. 312).[8]) Befindet es sich von vornherein in dieser Lage, so ist es auch im Besitze des Betreffenden, mag er es auch nicht ergriffen haben; darum bin ich Besitzer der Eier, welche meine Hühner in meinem Hofe, nicht auch derjenigen, welche sie auf der Straße legen, und ebenso Besitzer des von meinen Fruchtbäumen in meinen Garten, nicht auch des auf das nachbar-

---

wenn man für alle Besitzerwerbsfälle dieselbe Formel aufstellt, und namentlich, wenn man den Besitzerwerb lediglich auf den Apprehensionsact abstellt. Ihering S. 161, 169.

3) Ihering S. 136.

4) S. unten Note 11.

5) S. 173, 164.

6) Ihering S. 136, 171. Vgl. Entsch. G. Z. 1871 Nr. 84 [= Samml. IX. Nr. 4215], betreffend den Beweis des Besitzes durch den Nachweis, daß sich die Gegenstände im Hause des Besitzers befinden. — Die frühere Lehre (Savigny S. 269, 270) betrachtete die gegenwärtige Möglichkeit der ausschließlichen Beherrschung der Sache, verbunden mit dem Willen dazu, als zur Besitzergreifung nothwendig: zur Fortsetzung des erworbenen Besitzes sollte „die fortdauernde Möglichkeit, jenes unmittelbare Verhältniß nach Willkühr zu reproduciren", genügen. Diese Ansicht ist mit Erfolg bekämpft von Ihering S. 143 f.

7) Ihering S. 138 f.

8) Dieses Merkmal der Dauerhaftigkeit, so sehr es durch die Natur des Besitzes als eines fortdauernden Zustandes gerechtfertigt ist, blieb in der früheren Doctrin so gut wie unbeachtet. Und doch ist es klar, daß z. B. ein Walfisch nicht als occupirt gelten kann, wenn man ihn nach der Apprehension wieder im Meere liegen läßt, wiewohl in der Absicht, ihn später zu holen; ebenso wird auch ein Stück Holz nicht als apprehendirt gelten können, wenn es ergriffen, dann aber doch, in der Absicht, es später zu holen, liegen gelassen wird. Uebereinstimmend Ihering S. 172.

Digitized by Google

liche Grundstück hinübergefallenen Obstes.[9]) An den Honigscheiben, welche ein fremder Bienenschwarm auf meinem Baume gemacht hat, und dem Schatze, der in meinem Grundstück vergraben ist, erlange ich den Besitz erst, wenn ich diese Gegenstände an mich genommen habe.[10])

Die einseitige Besitzergreifung unbeweglicher Sachen geschieht durch das Betreten, welches dem Ergreifen bei beweglichen entspricht; es muß daher ebenfalls, wie das letztere, um dauernde Wirkungen hervorzubringen, mit einer die Eigenthumsabsicht constatirenden Thatsache in Verbindung gebracht sein. Dahin gehört die Bearbeitung, Verrainung, Einzäunung[11]), aber auch die Bezeichnung durch Grenzsteine, Tafeln, oder die Benutzung des Bodens zu einem Gewerbebetrieb oder als Lagerstätte für Schotterhaufen, Dungstätten, Wirthschaftsgeräthe u. s. w. (§. 312 und arg. verb. §. 315: „gebraucht")[12]); Gebäude werden durch das Bewohnen, Einbringen von Geräthen, durch Besitznahme der Schlüssel u. s. w. in Besitz genommen.

Alle diese verschiedenen einseitigen Besitzergreifungsacte werden unter dem technischen Namen „Occupation" begriffen.[13])

§. 173. Besitzergreifung beim zweiseitigen Erwerb von Sachbesitz.[1])

Kommt zu dem Besitzergreifungsacte, wie er bei einseitiger Apprehension erforderlich ist[2]), auch die Zustimmung des bisherigen Besitzers hinzu, so wird der Besitzerwerb ein zweiseitiger, und die Erwerbsart Tradition („Uebergabe und Uebernahme" §§. 315, 425) genannt. Man spricht dann

9) Ihering S. 170 f.

10) Ihering S. 139, 140.

11) Die frühere Doctrin mußte Schwierigkeiten finden, dieses zu begründen, da es ja nicht große Mühe macht, einen Rain oder Zaun zu überschreiten. In der That sind solche Acte darum als Mittel dauernder Beherrschung anzusehen, weil sich durch Gewohnheit für jene Sachen, deren Apprehension für Jeden erkennbar ist, eine gewisse Achtung des fremden Besitzes, und eben damit eine gewisse Sicherheit desselben herausgebildet hat. Ihering S. 154, 155, 164; vgl. auch schon Savigny S. 272, Entsch. G. Z. 1870 Nr. 76 [= Sammlung VII. Nr. 3634]: Man setzt sich durch Ummauerung eines fremden Weidegrundes in dessen Besitz und für die Frage der Existenz des Besitzes und ob man ihn eigenmächtig aufheben dürfe, kommt nichts darauf an, ob die Mauer schon 30 Tage besteht.

12) Nach Savigny, der zwischen der Apprehension bei ein- und zweiseitigem Besitzerwerb rücksichtlich ihrer Erfordernisse keinen Unterschied macht, müßte ein Grundstück als occupirt angesehen werden, wenn man sich auf dasselbe oder in dessen Nähe begibt, ohne daß es nöthig wäre, ein sichtbares Merkmal der erfolgten Occupation an demselben anzubringen. Vgl. dagegen Ihering S. 172, 174. S. aber auch folgenden Paragraph Note 2, 19.

13) Arndts §. 139.

1) Vgl. Exner der Rechtserwerb durch Tradition 1867 (drbr. die Rec. von Randa G. Z. 1867, Nr. 101, 102). Ihering S. 168 f.

2) Fernerhin darf man von diesem Grundgedanken ausgehen (Randa Bischr. XIV. S. 241 f.), nur bleibt wahr, was Savigny S. 271 sagt, es werde oft dieselbe äußere Thatsache bei der Tradition zum Erwerbe des Besitzes hinreichen können, die bei der einseitigen Occupation nicht genügen würde, es sei dies aber ein Unterschied nicht im Grundsatz selbst, sondern nur in der Anwendung. Vgl. nun Ihering S. 174 f. und unten im Text.

Digitized by Google

von Besitzübertragung, wohl auch von Succession in den Besitz, was, streng genommen, nicht richtig ist, weil der Besitz als reine Thatsache einer Uebertragung nicht fähig ist[3]); doch ist so viel richtig, daß der Besitz des neuen Besitzers juristisch als eine Fortsetzung des vorigen angesehen wird z. B. in Bezug auf Ersitzung (§. 1493) oder auf die publicianische Klage und den dieselbe begründenden Titel (§§. 372, 373).

Der zweiseitige Erwerbsact, die Tradition[4]), ist nun wieder verschieden nach Verschiedenheit des Objects. Zunächst gehört hieher bei beweglichen Sachen die Uebergabe von Hand zu Hand, welche aber, ebenso wie beim einseitigen Erwerb das Ergreifen, einen dauernden Besitz nur begründet, wenn die Sache auch in eine Lage gebracht wird, in welche sie ein Eigenthümer gewöhnlich zu bringen pflegt. Wird diese Lage von vornherein hergestellt, so bedarf es zur Uebernahme weder des Ergreifens, noch der persönlichen Gegenwart des Uebernehmers[5]), sondern lediglich seiner Zustimmung; ich werde daher Besitzer des Holzes, das in meinem Hofraum, des Mistes und Lehmes, der auf meinem Ackerfelde abgeladen und daselbst den ganzen Winter liegen gelassen wird (keineswegs aber auch der Koffer, Kisten und Kasten, mit denen das Gleiche geschähe); sog. longa manu traditio.[6]) Da die Constatirung der Eigenthumsabsicht das wesentlichste Moment des Besitzerwerbes bildet, so wird der Besitz auch übertragen, wenn zwar die Sache ihre Lage nicht gewechselt hat, wohl aber mit derselben ein Zeichen verbunden worden ist, das den neuen Besitzer anzeigt, (wohin z. B. das Anbringen von Namen und Wappen, ferner das Bezeichnen der verkauften einzelnen Stücke aus einer Mehrheit von solchen gehört, wobei jedoch im letzteren Falle vorauszusetzen ist, daß sie frei liegen, d. h. dem Uebergeber und Uebernehmer zugänglich sind, wie z. B. Balken auf einem Holzplatz, während das Bezeichnen der Fässer in einem Keller, zu dem nur der Verkäufer Zutritt hat, nicht hieher gehört)[7]) — oder wenn ein gewisses Stellvertretungsmittel der Sache dem neuen Besitzer übergeben wird, wohin namentlich die Uebergabe der Schlüssel und die Uebergabe solcher Urkunden gehört, welche den Besitzerwerb des Uebergebers nachweisen[8]), wie die Uebergabe eines Pfandscheines, eines Ladescheines, eines Verwahrungsscheines und dgl.[9]) Diese Tradition nennt das Gesetz eine symbolische, und die

3) Savigny S. 27, Arndts §. 139 A. 2, Unger II. S. 18 Note 11, Randa österr. Vtljschr. XIV. S. 241 f., Esmarch vac. poss. S. 1, 11, 70, 71.

4) Sie ist ein Vertrag, und kann, je nach dem sie erfüllenden Willen, möglicherweise auch bloß Innehabung (nicht Besitz) des Empfangenden bewirken.

5) Ihering S. 137 f.

6) L. 19. D. de solut. 46. 3. Ihering a. a. O.

7) Dernburg Preuß. Pr. R. §. 152 Note 4.

8) Entsch. G. H. 1870 Nr. 64, dagegen Entsch. G. Z. 1866 Nr. 60 [= Riehl I. S. 359, Sammlung V. Nr. 3547].

9) Die Uebergabe des Eisenbahnavisos und Bezugscheins wird in Entsch. G. Z. 1871 Nr. 74 [nicht enthalten in den Sammlungen] noch nicht als Uebergabe der Waare angesehen. Vgl. Eisenbahnbetriebsregl. (Hand. Min. E. v. 1. Juli 1872 Nr. 90) lit. B. §. 14, wonach die Eisenbahn den Weisungen des Absenders solange Folge zu leisten hat, als sie dem Adressaten den Frachtbrief nicht abgeliefert hat, [von da an aber

Digitized by Google

Grundhältigkeit derselben ist gegen die Anfechtungen Savignys[10]) und seiner Nachfolger in der neuesten Zeit von Exner[11]), Ihering[12]) u. A. schlagend dargethan worden.[13]) Immerhin gilt sie aber nur als subsidiäres Surrogat der körperlichen Uebergabe, und wirkt also Besitzübertragung[14]) nur, insoweit sie der Uebung entspricht (§. 427). Wird die symbolisch übergebene Sache vom Uebergeber später einem Anderen körperlich übergeben, so wird der körperliche Erwerber der wahre Besitzer, weil er die eigentliche Gewalt über die Sache hat.[15])

Traditionsacte, die vorliegen, ohne daß die Sache ihre körperliche Lage verändert hat, bilden auch die sog. traditio brevi manu und das constitutum possessorium, ferner die Tradition einer in Verwahrung eines Dritten befindlichen Sache. Ueber diese Fälle unten.

---

nur die Weisungen des Empfängers zu beachten gehalten ist. Vgl. auch Hauser Stellv. im Besitz §§. 14—16.

10) S. 227 f.

11) S. 152 f. Vgl. dazu Randa G. Z. 1867 Nr. 102.

12) Beitr. S. 180 f.

13) Unrichtig aber ist Stubenrauch's Behauptung I. S. 813, daß das Anhauen stehender Bäume eine symbolische Tradition derselben sei. Die Bäume als Theile des Grundes sind gar nicht Gegenstand eines abgesonderten Besitzes. Vgl. oben S. 461 und Holzschuher II. 1 S. 18, 19.

14) Ob sie (nicht nur Eigenthumssondern auch) Besitzübertragung wirke, ist allerdings bestritten; vgl. Zeiller ad §§. 426, 427, Pachmann Verj. S. 77, Ellinger ad §. 427, Winiwarter II. S. 42, 43, Stubenrauch I. S. 636 f., Exner Tradition S. 173 f., Randa Besitz S. 119 f. G. Z. 1867 Nr. 102, Entsch. G. Z. 1865 Nr. 48 [= Sammlung IV. Nr. 2037 (Auszug)]. Für die Bejahung der Frage spricht (abgesehen von dem im Text genannten Grunde), daß §. 427 die symbolische Tradition als Uebergabe ansieht, ohne vom Uebernehmer eine der Handlungen des §. 312 zu fordern, daß ferner §. 315 der Uebergabe durch Zeichen die Wirkung der Besitzübertragung in sehr weitem Umfang einräumt, und daß das G. B. den Satz aufstellt, es wirke auch die Intabulation (die ja als eine Art der Uebergabe gedacht ist) Besitz, rechtmäßigen Besitz (§§. 321, 441: vgl. weiter unten im Text). Sollte etwa nach der Theorie der Redactoren des G. B. die Uebergabe Uebertragung des „Besitzrechtes" wirken, wonach auch Besitzrecht ohne Besitz möglich und etwa im Falle des §. 429 anzunehmen wäre? Danach würde sich erklären, warum die Intabulation, die auch „Besitzrecht" schafft, eine Uebergabe genannt wird (M. R. zu §. 431 und §§. 1045, 1053, 1120, 1181 u. a.), und erwüchse hieraus ein Bedenken gegen die Bejahung unserer Frage. Denn danach wäre (wie ja auch die ältere Theorie nicht selten that) Uebergabe und Besitzübertragung wohl zu scheiden. Dafür enthält sogar §. 427 selbst einen Anhaltspunkt, indem er sagt, daß die übernommenen Werkzeuge den Uebernehmer erst in den Stand setzen, den Besitz der Sache zu ergreifen. Von diesem Standpunkt aus ginge die (Eigenthum verschaffende) Tradition der (Besitz verschaffenden) Apprehension voraus. Auch §. 429 ließe sich in diesem Sinne verstehen, indem in gewissen Fällen, die er behandelt, die überschickten Sachen schon im Moment der Absendung als tradirt und vom Nachmann zu Eigenthum erworben gelten, obwohl von wirklichem Besitzerwerb in diesem Momente nur selten die Rede sein könnte. Dann müßte man auch §§. 322, 430 von wiederholter Uebergabe (einmal ohne, das anderemal mit Besitzübertragung) einer beweglichen Sache verstehen, und §. 315 spräche gar nicht von der Art des Besitzerwerbes (er hielte diesfalls auch rücksichtlich des zweiseitigen Besitzerwerbes an der Nothwendigkeit einer Apprehension nach §. 312 fest), sondern handelte nur von dem Umfang der Wirkungen einer solchen Apprehension.

15) Dernburg a. a. O. §. 152 a. E.

Digitized by Google

Auch bei unbeweglichen Sachen geschieht die Tradition entweder körperlich durch förmliche Besitzeinführung[16]), welche dem Betreten bei einseitiger Besitzergreifung entspricht, oder symbolisch durch Uebergabe der Schlüssel[17]), der Kaufbriefe[18]), oder mittelst einverständlicher Verrainung oder sonstiger Grenzbezeichnung. Die bloße Erklärung an den Erwerber, er möge von der Sache beliebig Besitz ergreifen, wäre unzureichend (§§. 312, 905).[19]) Dagegen kommen auch hier trad. brevi manu, constit. poss. und Uebergabe durch Anweisung des dritten Verwahrers vor.

In den §§. 321, 441 und M. R. zu §. 431 wird auch die Intabulation als Traditionsact unbeweglicher Sachen angeführt. Allein so wenig der bücherliche Besitz ein wirklicher Besitz ist, ebensowenig ist die Eintragung in das öffentliche Buch eine Besitzübertragung (Tradition), wenn auch diese Eintragung ähnliche juristische Wirkungen, wie die Tradition, hervorbringt, z. B. publicianische Klage, Ersitzbarkeit[20]) und (beim Vorhandensein des Eigenthumsrechtes des Auctors) Eigenthumserwerb (s. die Lehre vom Eigenthumserwerb).[21]) Dagegen die nächste und eigentlichste Wirkung des Besitzes (Besitzesschutz) wird durch die bücherliche Eintragung niemals erzielt.

Ebensowenig liegt im Erbgang eine Besitzübertragung.[22]) Der Besitz als reines Factum kann nicht von selbst in der Person des Erben entstehen[23]), sondern muß von diesem erst durch specielle Apprehension ergriffen werden; bis dahin gilt die Fiction[24]), daß die Verlassenschaft von dem Erb-

16) Savigny S. 237, 238, Holzschuher II. 1. S. 16. Nach der Entsch. G. Z. 1866 Nr. 26 [= Sammlung V. Nr. 2709] verschafft die gerichtliche Besitzeinführung nicht den Besitz, wenn nicht unter Einem der bisherige Besitzer ermittirt wird.

17) Holzschuher a. a. O.

18) Vgl. §. 1468 b. G. B.: „Gerichtsacten und anderen Urkunden."

19) Vgl. Ihering S. 174 f. gegen Savigny S. 239. Nach §. 905 cit. soll die Tradition unbeweglicher Sachen im Zweifel an Ort und Stelle geschehen. Wenn A dem B gegenüber nur erklärt hat, letzterer möge mit dem verkauften Acker machen, was er wolle, trotzdem aber den Acker zu benutzen fortfährt, ohne daß B denselben bereits betreten oder bebaut hätte, so wird kaum ein Richter den A (dessen Besitz thatsächlich der „letzte factische" war) als Besitzstörer verurtheilen. — Ueberhaupt ist die Frage, ob sich die Apprehensionshandlung beim zweiseitigen Besitzerwerb von jener beim einseitigen Erwerb unterscheide, namentlich was den Erwerb unverschlossener Immobilien und umfangreicher Mobilien (Säulen, Felsblöcke, Balken, Holzstöcke u. dgl. L. 1. §. 21. D. h. t. 41. 2) anbelangt, sehr streitig. Praktisch tritt sie insbes. in der Gestalt auf, ob solche Sachen schon durch die bloße Gestattung, nach Belieben darüber zu verfügen, tradirt werden, oder ob dazu auch noch eine der in §. 312 genannten Handlungen erforderlich sei (immer abgesehen von den Fällen, in denen eine symbolische Uebergabe zulässig erscheint). Die Entscheidung im Text rechtfertigt sich durch die unterscheidungslos aufgestellte Regel des §. 312 und daraus, daß (unten) auch zur juris quasi traditio einer affirmativen Servitut der bloße Vertrag nicht genügt, sondern mit der Ausübung derselben selbst begonnen worden sein muß. — Vgl. aber auch Entsch. G. H. 1863 Nr. 29 [= Riehl I. S. 360].

20) Freilich ist diese „Ersitzung" auf Grund des Eingetragenseins ihrem Wesen nach etwas ganz anderes, als die Ersitzung durch fortgesetzten (wirklichen) Besitz.

21) Vgl. Randa in der Haimerl'schen Vtljschr. VII. S. 256 f., Unger II. S. 285.

22) Randa österr. Vtljschr. XIV. S. 241, 242.

23) L. 23. pr. D. h. t.

24) Dagegen Randa a. a. O. S. 242.

Digitized by Google

lasser besessen werde (§. 547); der Besitz des Erben und des Erblassers werden aber, wenn beide die erforderliche Qualification haben, zusammengerechnet (accessio temporis §. 1493).[25])

Wie weit, d. h. bis zu welcher Grenze und in welchem Umfange im einzelnen Falle der Besitz einer Sache oder eines Sachencomplexes erworben worden sei, kann oft zweifelhaft sein. Darüber gilt Folgendes: Bei einseitigem Besitzerwerb gilt nur soviel als apprehendirt, als da wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet oder in Verwahrung gebracht worden ist[26]), also z. B. nur jener Theil des fremden Feldes gilt als in Besitz genommen, der umgeackert oder durch Versetzung der Grenzzeichen mit dem eigenen vereiniget worden ist; weiter liegt ja auch eine Eigenthumsconstatirung nicht vor. Bei zweiseitigem Besitzerwerb hingegen erhält man durch die Apprehensionshandlung Alles, was nach der Absicht der Handelnden tradirt werden sollte, also z. B. durch die Besitznahme des Hauses auch das ganze dazu gehörige, im Besitze des Tradenten befindliche Grundstück[27]) oder auch den ganzen Complex auseinanderliegender Parcellen[28]), durch die Benutzung eines Theiles des erkauften Waldes den ganzen Wald, weil die einmal sichtbare Eigenthumsconstatirung, resp. die im Besitze liegende Macht des vorigen Besitzers durch die Tradition offenbar in dem bereits bestehenden Umfang übertragen werden wollte (§. 315). Darum gelten im Zweifel auch die Pertinenzen einer Hauptsache als tradirt durch die Uebergabe der letzteren (vgl. §§. 518, 1047, 1061, 1110).

§. 180. Voraussetzungen des Besitzesschutzes.[1])

Die eigentliche juristische Bedeutung des Besitzes besteht (oben) in dem Anspruche des Besitzers auf Schutz gegen eigenmächtige Eingriffe, welche direct gegen die Existenz des Besitzes oder wenigstens gegen dessen ungeschmälerten Bestand gerichtet sind — gegen *Besitzverletzungen*. Dem Besitzer soll (aus weiter oben entwickelten Gründen) in dem Rechtsstreit über das Recht, dessen Besitzer er ist, die Stellung des Beklagten gewahrt bleiben, und darum ist er, wenn er durch die eigenmächtige Handlung eines Dritten aus dieser Stellung hinausgedrängt wird, berechtigt, gerichtlich auf Beseitigung dieses Eingriffs und Rückversetzung in die vorige Lage zu klagen. Dieser Streit heißt ein *possessorischer* Streit, die Klage eine *Besitzklage*. Voraussetzung dieser possessorischen Klage ist also nebst dem Besitze eine solche Handlung eines Dritten, wodurch der Besitzer in dem Streite über das Recht (im petitorischen Streite) *aus seiner Geklagten-*

25) Ob in der Einantwortung des Nachlasses eine wirkliche Uebergabe oder (Randa a. a. O.) nur eine gerichtliche Anerkennung des Erben gelegen sei, darüber vgl. unten (im Erbrecht).

26) Vgl. aber Randa XIV. S. 247.

27) Vgl. L. 3. §. 1 D. h. t.

28) Vgl. Holzschuher S. 20.

1) Vgl. Savigny 4—6. Abschnitt, Arndts §§. 171—173, 192, Puchta §§. 132—136, 139, Vangerow §§. 336, 355, 690, 691, Holzschuher II. 1. S. 44—65.

Digitized by Google

stellung hinausgedrängt werden würde; dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Handlung so beschaffen ist, daß sie dem Handelnden selbst einen Besitz verschafft oder wenigstens den gegnerischen Besitz aufzuheben geeignet ist. Die Handlung muß auch eigenmächtig und in der erwähnten Absicht unternommen worden sein, weil ohne dieses das Bedürfniß eines Besitzesschutzes gar nicht vorhanden wäre. Hieraus ergeben sich die wesentlichen Voraussetzungen des Besitzesschutzes[2]); sie sind:

1) Ein Besitz; wo kein Besitz, da gibt es auch keine Verletzung desselben. Es liegt denn auch aus diesem Grunde keine Besitzverletzung vor, wenn die bisher unbeschränkt gewesene Aussicht ohne die Voraussetzungen des §. 313 durch Verbauen eingeschränkt wird.[3]) Aus gleichem Grunde liegt in der fortgesetzten Benutzung eines executiv versteigerten Grundstückes durch den Executen, so lange er nicht expossessionirt und dem Ersteher das Gut nicht übergeben ist, keine Besitzverletzung des letzteren[4]), und ebenso in dem eigenmächtigen Abschneiden des Ueberhanges (§. 422 b. G. B.) keine gegen den Eigenthümer des Baumes gerichtete Besitzverletzung[5]). Ob übrigens der Besitz Allein- oder Mitbesitz ist, ist gleichgiltig.

2) Eine Besitzverletzung, d. i. eine Handlung, welche

a) so beschaffen ist, daß sie dem Handelnden selbst einen Besitz verschafft oder wenigstens den gegnerischen Besitz aufzuheben geeignet ist[6]), gleichgiltig, ob ihm dadurch der gleiche Besitz, wie ihn der bisherige Besitzer hatte, oder nur ein solcher, welcher diesen bloß beeinträchtigt[7]), verschafft werden soll; es liegt also eine Besitzverletzung sowohl in der Handlung dessen, der sich das Eigenthum einer in fremdem Besitz befindlichen Sache anmaßt, indem er sie dem Besitzer wegnimmt oder ihn aus dem Besitze verdrängt, als in der Handlung dessen, der, um sich eine Wegeservitut anzumaßen, über das fremde Grundstück geht, oder ein Weiderecht prätendirend, sein Vieh auf dasselbe treibt, oder auch nur in der Absicht, ein Miethrecht auszuüben, das fremde Gebäude eigenmächtig bezieht. Auch alle im §. 351 genannten Widersetzlichkeitsacte sind wahre Besitzver-

---

2) Vgl. den Aufsatz in der G. Z. 1861 Nr. 127.

3) Vgl. Entsch. G. Z. 1856 Nr. 103, dagegen Entsch. G. H. 1866 Nr. 28 [= Sammlung I. Nr. 106, V. Nr. 2309].

4) Entsch. G. Z. 1866 Nr. 26; vgl. Entsch. G. Z. 1859 Nr. 117 [= Samml. V. Nr. 2709, II. Nr. 819]. Vgl. auch unten Note 12.

5) Entsch. G. Z. 1869 Nr. 93 [= Sammlung VII. Nr. 3527]; vgl. auch Entsch. G. H. 1869 Nr. 95 [= ebda. Nr. 3528] (Vornahme von Hausreparaturen keine Störung des Miethsrechts).

6) Vgl. z. B. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 58 ([= Sammlung VII. Nr. 3406] Aenderung des Thorschlosses), G. H. 1870 Nr. 59 ([= Sammlung VIII. Nr. 3689] eigenmächtige Ausdehnung einer Servitut). Verletzung des Besitzes liegt allerdings auch in der Zerstörung einer Sache durch einen Dritten; allein in diesem Falle findet nicht die Besitz- sondern die Schadenersatzklage statt.

7) Z. B. der Besitz eines jus in re aliena, eines Pacht- oder Miethrechtes, einer Reallast. So ist auch Verpachtung eines fremden Grundes Besitzverletzung. Entsch. G. Z. 1857 Nr. 53, 1870 Nr 59 (= G. H. 1869 Nr. 35) [= Sammlung I. Nr. 266, VII. Nr. 3295]. Arndts §. 171 A. 2, Savigny S. 478, Bruns S. 47 f. Anders Bangerow §. 366 (I. S. 766, 768, 775). Die Analogie der Negatorienklage ist in Fällen dieser Art auffallend.

Digitized by Google

letzungen, weil sie den Rechtsbesitz aufheben; es liegt eine Besitzverletzung vor, wenn das Weidevieh des Servitutenbesitzers von der Weide vertrieben, der Weg versperrt oder abgegraben, oder trotz bestehenden Besitzes eines Verbotsrechtes ein Gebäude aufgeführt oder erhöht wird, wenn, unter Ableugnung des Rechtes der bisher geleistete Zehent verweigert wird[8]), während die unterlassene Leistung eines solchen, wenn sie nur unterbleibt, weil sie gar nicht eingefordert wird, eine Besitzverletzung nicht begründet. Bloße Bestreitung[9]) des gegnerischen Besitzes oder die Aufforderung, eine Servitut zu dulden, eine ständige Abgabe zu leisten, ein Verbot, den bisherigen Besitz auszuüben[10]), sind für sich ebensowenig Besitzverletzungen, als eine eigenmächtige Aenderung des animus des bisherigen Verwahrers[11]), weil diese Acte gar nicht geeignet sind, dem sie Vornehmenden einen Besitz zu verschaffen. Ebenso kann die verweigerte Räumung einer vermietheten Sache nach Ablauf der Miethzeit[12]); oder die vertragswidrige Afterver-

---

8) Entsch. G. Z. 1856 Nr. 112. [S. 451 Z. 55]. Ueber den Satz, wie er im Texte gefaßt ist, ist man auch im Gebiete des gemeinen Rechtes einig; streitig ist nur, ob die Leistungsweigerung ein Spolium enthalte oder bloße Störung sei (Bruns S. 210, 214, 244, 409, 423). Es bildet also auch die bloße Unterlassung einer schuldigen Handlung, wenn sie zugleich eine Verweigerung ist, eine Besitzverletzung (Walter §. 151, Gerber §. 170, Windscheid §. 464 Note 7, Bruns S. 207, 244 u. A.), wie ja auch die bloße Weigerung des Precaristen, die Sache zurückzustellen, obwohl sie nur eine Unterlassung involvirt, eine Besitzverletzung enthält (§. 345). Wäre die Verweigerung einer Reallastleistung keine Besitzstörung, so wäre gar nicht abzusehen, wann eine Reallast im possessorischen Wege geltend gemacht werden, und wie die Bestimmung des §. 351 über die Erhaltung des Besitzes durch Einklagung eine Wahrheit sein könnte; an die a. publiciana kann bei dieser Einklagung nicht wohl gedacht sein, da die publiciana einen bereits verlorenen Besitz voraussetzt; es kann also nur die Besitzstörungsklage gemeint sein. Daraus ergibt sich die Nothwendigkeit der Einhaltung der bekannten 30tägigen Frist auch für die Anwendbarkeit der Besitzklage im Falle einer solchen Zahlungsweigerung.

9) Nach röm. R. genügt auch sie, die Erhebung des int. retin. poss. zu rechtfertigen. Savigny S. 474, Bangerow I. S. 766, 668, Arndts §. 171. Auch begründete schon eine Drohung (z. B. Gewalt zu gebrauchen, wenn der Besitz einer Servitut wieder ausgeübt werden sollte) das Interdict, weil die possessorischen Interdicte auch als präjudicielle Besitzesklagen dienten (Savigny S. 515 Note 3). Auch der österr. Praxis ist der Gedanke nicht fremd, die Drohung als Besitzverletzung anzusehen; vgl. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 24, 1871 Nr. 70 [= Sammlung VIII. Nr. 3656, 4001].

10) Entsch. G. Z. 1854 Nr. 91 [nicht enthalten in den Sammlungen] 1867 Nr. 44 [= Sammlung VI. Nr. 2761]; dagegen aber Entsch. G. H. 1870 Nr. 43 [= Sammlung VII. Nr. 3561]. Die Verpachtung des Weiderechtes durch den mit der Servitut Belasteten ist noch keine Besitzstörung (Entsch. G. H. 1865 Nr. 96 [= Sammlung V. Nr. 2257]), wohl aber die Verweigerung der Holzanweisung für den Servitutsberechtigten, weil der Berechtigte dadurch nach dem Inhalt des Forstgesetzes gehindert ist, den Besitz auszuüben.

11) Entscheidung G. Z. 1872 Nr. 63 [= Sammlung X. Nr. 4468] findet auch darin keine Besitzesverletzung, daß die bestehende servitus viae statt wie bisher mit Wirthschaftsfuhren nun mit Baumaterialfuhren ausgeübt wird. Unrechtmäßige Viehpfändung begründet nach gemeinem Recht schon darum die Spolienklage, weil der Pfandgläubiger den abgeleiteten Besitz hat. Gerber §. 70 Note 8 a. E.

12) Darum bestimmt die im Grund-

Digitized by Google

miethung[13]) als Besitzverletzung des Vermiethers nicht angesehen werden, da durch diese Handlungen nicht ein Besitz neu ergriffen, sondern nur der bisherige (Rechts-) Besitz fortgesetzt wird.

b) Die Absicht des Handelnden muß darauf gerichtet sein, sich einen Besitz zu verschaffen oder von der Last eines fremden Besitzes zu befreien. Darum bedarf es keines Besitzesschutzes, wenn die Handlung nur in vorübergehender Nothlage geschah (z. B. ein Grundstück betreten wurde, weil die Brücke abgebrochen oder die Straße überschwemmt war[14]), oder wenn sie im Irrthum[15]) vorgenommen wurde oder im Vertrauen auf die Connivenz des Nachbars oder in einer anderen die Anmaßung ausschließenden Absicht[16]); gegen Handlungen aber, die im Scherz oder aus Muthwillen vorgenommen wurden, reichen andere Rechtsmittel aus.[17]) Da nach dem Gesagten eine Besitzesverletzung zugleich eine Apprehensionshandlung[18]) ist, so muß der sie Setzende Willensfähigkeit haben; Kinder, Geisteskranke, juristische Personen können daher durch eigene Handlungen keine Besitzverletzungen vornehmen.

c) Die Handlung muß eigenmächtig[19]), d. i. wider den Willen des bisherigen Besitzers und mit Umgehung der Behörde geschehen, gleichgiltig dann, ob der Handelnde selbst ein Recht zum Besitze hat oder nicht. Daher erscheint nicht als Besitzverletzung die Besitznahme eines Grundstückes oder die begonnene Ausübung einer Servitut, wenn sie auf Grund vorausgegangener Bewilligung des Besitzers[20]) oder des Gerichtes (der Behörde)[21])

---

riß §. 178 Note 23 cit. M. Vdg. daß „die kais. Vdg. v. 27. Okt. 1849 über das Verfahren bei Besitzstörungsstreitigkeiten auf Streitigkeiten wegen Räumung verpachteter oder vermietheter Gegenstände, mag sie wegen Zeitablaufs oder aus einem anderen Titel gefordert werden, nicht anwendbar ist".

13) Auch der die Wohnung beziehende Aftermiether kann nicht als Besitzverletzer betrachtet werden, weil er nur den Besitz des Hauptmiethers fortsetzt. Vgl. Entsch. G. Z. 1859 Nr. 7 [= Samml. II. Nr. 1030]. Auch darin liegt keine Besitzverletzung, daß der Habitant (§. 521) Dritte an dem Wohnungsgenusse theilnehmen läßt. Entsch. G. Z. 1869 Nr. 53 [= Samml. VII. Nr. 3289].

14) Entsch. G. Z. 1863 Nr. 3, 1871 Nr. 56 [= Samml. II. Nr. 985, IX. Nr. 4057].

15) Entscheidung G. Z. 1860 Nr. 5 [= Samml. II. Nr. 925].

16) Vgl. Entsch. G. Z. 1867 Nr. 24, G. H. 1868 Nr. 52, 93 [Entsch. d. II. Instanz], G. Z. 1872 Nr. 9 [= Samml. V. Nr. 2542, VI. Nr. 3049, IX. Nr. 4357].

17) Anders freilich Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 321; siehe aber gegen ihn Arndts §. 171 A. 2, Bangerow I. S. 767.

18) In vielen Fällen setzt man sich dadurch in den Besitz eines (factisch) verloren gegangenen Theiles eines (wirklich oder vermeintlich) eigenen Rechtes, daher man in solchen Fällen von Besitz und Ersitzung der Freiheit spricht (§§. 1482, 1488).

19) Vgl. Savigny S. 520.

20) Entscheidung G. Z. 1865 Nr. 68 [= Sammlung V. Nr. 2163]: A verkaufte in trunkenem Zustand sein Grundstück dem B und dieser bezog es, von A dazu aufgefordert, sofort. Vgl. Entsch. G. H. 1866 Nr. 17, G. Z. 1866 Nr. 70 [= Sammlung V. Nr. 2258, 2204].

21) Entsch. G. Z. 1860 Nr. 37 [Entsch. II. Instanz], G. H. 1868 Nr. 105 [nicht enthalten in den Sammlungen], 1865 Nr. 38, G. Z. 1867 Nr. 81, G. H. 1868 Nr. 83, G. Z. 1867 Nr. 84, 1873 Nr. 67, Spr. Rep. Nr. 24 (G. Z. 1872 Nr. 95); G. H. 1868 Nr. 50, 1870 Nr. 44 [= Sammlung IV. Nr. 1867,

Digitized by Google

erfolgte, wohl aber ist sie es, wenn sie gegen den Willen des Besitzers mit Umgehung der richterlichen Hilfe geschah, sei es auch, der bisherige Besitzer habe sich zur Besitzeinräumung verpflichtet (§. 320). Darum ist Besitzverletzer auch der unechte Besitzer, d. i. derjenige, der sich gewaltsam, heimlich oder bittweise in den Besitz eindrängt (§. 345).[22]) Der Precarist insbesondere ist nicht als Besitzer anzusehen[23]), weil der Verleiher wegen der beliebigen Widerruflichkeit des Precariums fortan in der Möglichkeit beliebiger ausschließlicher Einwirkung auf die Sache, also im Besitze bleibt; erst durch Mißbrauch des Precariums[24]) wird der Precarist wirklicher, aber eigenmächtiger Apprehendent, und so als unechter Besitzer Besitzverletzer.[25])

Wie die Apprehension und die Besitzausübung, so kann auch ein Besitzverletzungsact auch durch Stellvertreter ausgeführt werden. Als Besitzverletzer erscheint der Vertretene, wenn er zu der Handlung den Auftrag gegeben oder sie nachträglich genehmigt hat[26]) — nicht aber der Stellvertreter, weil diesem der Wille fehlt, für sich einen Besitz zu erwerben oder sich von der Last eines solchen zu befreien.[27]) Genauer: Es ist zwar die Besitzstörungsklage an sich auch gegen den Stellvertreter statthaft; er kann sich aber gegen dieselbe (wie der bloße Inhaber gegen die Eigenthumsklage §. 375) durch die nominatio auctoris schützen.[28])

Hatte der Stellvertreter die Besitzverletzung eigenmächtig vorgenommen und bleibt die Genehmigung derselben aus, so kann er doch nicht als Besitzverletzer behandelt werden, weil ihm der Wille, wie er zur Besitzverletzung gehört, immer fehlt[29]) und es müssen also gegen solche Eigenmächtigkeiten andere Rechtsmittel ergriffen werden.[30])

Das Gesagte gilt auch in dem Falle, wenn von den nothwendigen Repräsentanten ganz oder theilweise handlungsunfähiger Personen im Namen der letzteren Besitzverletzungen begangen werden; nur muß hier,

---

V. Nr. 2443, VI. Nr. 3112, V. Nr. 2683, IX. Nr. 4415, X. Nr. 4760, VI. Nr. 3042, VIII. Nr. 3699]. Vgl. Ihering Beitr. S. 111, 112, 122.

22) Die Unechtheit muß von dem sie Behauptenden bewiesen werden. Entsch. G. Z. 1870 Nr. 75 [= Samml. VII. Nr. 3383].

23) Entsch. G. H. 1865 Nr. 69, 1866 Nr. 93, G. Z. 1865 Nr. 97 [= Samml. V. Nr. 2107, 2372, 2223]. Nach röm. Recht hat er den abgeleiteten Sachbesitz: Savigny S. 348 f.

24) Auch ein Fall also, wo ein Inhaber eine in dem Kreise seiner bisherigen Berechtigung nicht begriffene Besitzeshandlung vornimmt.

25) Entscheidung G. H. 1871 Nr. 54 [= Sammlung IX. Nr. 4107].

26) Savigny S. 516, 517, Entsch. G. Z. 1864 Nr. 40, G. H. 1866 Nr. 37 [= Samml. IV. Nr. 1829, V. Nr. 2190]. Hillbricht in d. G. H. 1869 Nr. 3.

27) Entgegengesetzte Entscheidungen: G. Z. 1864 Nr. 97, G. H. 1868 Nr. 29 [= Samml. IV. Nr. 2000, VI. Nr. 2971]. Dann ist freilich auch der Stellvertreter als Besitzesverletzer anzusehen, wenn er nicht nur im Namen eines Andern handeln will, sondern sich durch die vorgenommene Handlung zugleich selbst ein Recht anmaßt, wie z. B. wenn ein Dritter die Abwesenheit des Miethers benutzend, dessen Wohnung vom Hausherrn miethet und bezieht. Entsch. G. Z. 1862 Nr. 148 [= Sammlung II. Nr. 990].

28) Holzschuher II. 1. S. 53. Fr. 5.

29) Entscheidung G. H. 1868 Nr. 52 [= Sammlung VI. Nr. 3049].

30) Dagegen Entsch. G. Z. 1868 Nr. 89 [nicht in den Sammlungen]. Vgl. aber Hillbricht a. a. O.

Digitized by Google

weil die Vertretenen eines eigenen Willens entweder gar nicht fähig sind oder ihr Wille nicht berücksichtigt wird, der Wille des Repräsentanten so lange als Wille des Vertretenen angesehen werden, als nicht die Handlung des ersteren von jenen, denen die Genehmigung zusteht, mißbilligt wird. Darum liegt hier immer schon mit der vollbrachten Handlung eine Besitzstörung vor, während sie, wo ein freiwilliger Repräsentant ohne Auftrag handelte, erst mit der erfolgten Genehmigung juristisch existirt.[31])

§. 186. Einreden des Beklagten im Besitzproceß.

Von den Einreden im technischen Sinne, die der Beklagte der Besitzklage entgegenzustellen versucht sein könnte, sind insbesondere hervorzuheben:

1) Die Einrede des sog. stärkeren Rechtes, die Einrede, daß dem Beklagten das Recht zum Besitze (jus possidendi, §§. 317, 320) zusteht, weil er Eigenthümer, Servitutsberechtigter u. dgl. sei oder als solcher angesehen werden müsse (§. 372), er daher sein Recht mit der eigentlichen Eigenthums-, confessorischen oder publicianischen Klage u. s. w. geltend machen könnte. Diese Einrede kann, soll der Schutz des Besitzes nicht ganz zwecklos sein, nicht berücksichtigt werden (§. 346 a. E.), und der Beklagte muß also seinen Anspruch auf besonderem Wege austragen.

2) Die Einrede des unechten Besitzes (exceptio vitiosae possessionis), d. i. die Einrede, daß der Kläger den Besitz, welchen er jetzt geltend macht, vom Geklagten selbst[1]) und zwar entweder mit Gewalt, oder mit List, oder durch Mißbrauch seiner Gefälligkeit erlangt habe. Nach römischem Recht konnte diese Einrede sogar zur Verurtheilung des Klägers führen.[2]) Nach österreichischem Recht hat es den Anschein, als sei sie nicht zu berücksichtigen, da nach §. 339 jeder Besitz, mag er von was immer für einer Beschaffenheit sein, gegen Störungen geschützt, und nach §. 346 gegen jeden unechten Besitzer ohne Rücksicht auf sein stärkeres Recht auf Zurücksetzung in die vorige Lage zu erkennen ist.[3]) Gleichwohl möchte die entgegengesetzte An-

31) Die Frage ist wichtig wegen der 30tägigen Frist, an welche die Anbringung aller Besitzstörungsklagen gebunden ist.

1) Viele österr. Schriftsteller (z. B. Zeiller II. S. 97, Winiwarter II. S. 69, 93, Stubenrauch I. S. 691, Schuster siebenb. ung. Civilpr. S. 938, 941) gehen davon aus, daß der unechte Besitz überhaupt, also auch wenn ihn der Kläger nicht vom Beklagten, sondern von einem Dritten erlangt hatte, gegen eigenmächtige Entziehungen nicht zu schützen sei, sondern nur gegen eigenmächtige Störunden. Vgl. dagegen Randa G. Z. 1863 Nr. 65 und Besitz S. 81.

2) Savigny S. 490 f., 504, 540 f., Puchta §. 132, Arndts §. 172. Der Grund liegt „darin, daß der Beklagte ohnehin ein interd. recup. poss hat; anstatt also den Beklagten in dem interd. uti. poss. verlieren und dann in einem zweiten Proceß gewinnen zu lassen, wird durch eine sehr natürliche Abkürzung des Processes gleich jetzt der Kläger abgewiesen, ja sogar der Besitz dem Beklagten eingeräumt". Savigny S. 491.

3) Diese Ansicht vertritt Unger Entwurf eines b. G. B. für Sachsen S. 82, der revid. sächs. Entw. S. 102, Bruns S. 459, Kirchstetter S. 164, Entsch. G. Z. 1869 Nr. 3 [= Samml.

Digitized by Google

ſicht[4]) die richtige ſein. Aus den §§. 339, 346 folgt nur, daß auch die Klage des unechten Beſitzers eine begründete iſt; das ſchließt aber nicht aus, daß ihr eine gleichfalls gegründete Einrede entgegenſteht. Jedes Klagrecht kann auch als Exception geltend gemacht werden, ? alſo liegt auch in dem Anſpruche des Beklagten auf Rückſtellung des ihm vom Kläger eigenmächtig entzogenen Beſitzes der Anſpruch auf das Behaltendürfen desſelben, ſobald er ihn zurückerlangt hat, ſomit eine die an ſich begründete poſſeſſoriſche Klage entkräftende Einrede.[5])

3) Die Einrede der **Klagenverſpätung**. Nach römiſchem Recht verjährt die Klage wegen verletzten Beſitzes in einem annus utilis[6]); das öſterreichiſche Recht enthält über die Verjährung dieſer Klage keine Beſtimmung; wohl aber verfügt §. 2 der kaiſ. V. v. 27. Oct. 1849, daß der im Beſitz einer Sache oder eines Rechtes Verletzte „ſogleich und längſtens in 30 Tagen von der erlangten Wiſſenſchaft der Störung mit Einſchließung der Ferialtage die richterliche Hilfe anzuſuchen“ hat.[7]) „Nach Verlauf dieſer Friſt iſt der angeblich geſtörte Beſitzer zur ordentlichen Beſitzklage im Rechtswege zu verweiſen.“ Es entſteht nun die Frage, ob dieſe Friſt, ähnlich dem römiſchen annus utilis, eine Verjährungs-[8]) oder eine proceſ-

---

II. Nr. 686]. Man kann dafür, abgeſehen von der im öſterr. Proceßrecht entfallenen Duplicität der römiſchen Interdicte (oben §. 160 Note 7) — ein Argument, das dafür ſpricht, den Beklagten auf das Rechtsmittel der Widerklage zu verweiſen — namentlich anführen, daß in der Zulaſſung dieſer Einrede eine Sanctionirung der Eigenmacht läge, ein Nachtheil, gegen welchen der Vortheil einer Abkürzung des Proceßverfahrens in den Hintergrund treten müſſe. Unger revid. Entw. S. 102, vgl. auch Savigny S. 484. Allein dieſer Grund iſt kaum ausreichend, denn es wäre keineswegs in ſich widerſprechend, den Beklagten im Beſitzproceß ſiegen zu laſſen, und ihn zugleich wegen der ihm zur Laſt fallenden Eigenmacht zu beſtrafen (vgl. auch die oben §. 160 Note 7 cit. Entſch. v. J. 1865).

4) Sie wird vertreten von Mages G. Z. 1862 Nr. 61, 62, Randa G. Z. 1863 Nr. 65, Beſitz S. 81, Entſch. G. Z. 1856 Nr. 46 [und ausführlicher mitgetheilt:] 103; 1872 Nr. 72 [= Samml. I. Nr. 106, X. Nr. 4483].

5) Dagegen darf man ſich wohl darauf nicht berufen, daß dem Kläger, der unechter Beſitzer iſt oder war, der Grundſatz entgegenſtehe: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, denn mit ebenſo gutem Grunde müßte man dann auch die Einrede des ſtärkeren Rechtes zulaſſen. Auch auf §. 347 in pr., der nur die proviſoriſchen Vorkehrungen und die Vorfrage, wer eigentlich Beſitzer ſei, im Auge hat, möchten wir uns zur Unterſtützung der im Text vertretenen Anſicht nicht berufen; ebenſowenig darauf, daß in der kſ. V. v. 17. October 1849 dem poss. ordinarium nur die Erörterung über Titel und Redlichkeit, nicht auch ausdrücklich die über die Unechtheit des Beſitzes vorbehalten iſt.

6) Savigny S. 492, 505, 544, Arndts §§. 172, 173; Ausnahme beim int. de precario: Savigny S. 562, Puchta §. 136.

7) Wenn der Kläger, der im poſſeſſoriſchen Proceſſe geſiegt hat, auf wiederholte Störung des Beklagten neuerlich poſſeſſoriſch klagt, ſo iſt hiefür die 30tägige Friſt nicht maßgebend, weil dieſe Klage als Executionsgeſuch zu behandeln iſt. Entſch. G. H. 1868 Nr. 50, 94 (= G. Z. 1869 Nr. 3) [= Samml. VI. Nr. 2886, 3038].

8) Dafür kann man geltend machen, daß der römiſche annus utilis allgemein als Verjährungsfriſt angeſehen wird (Savigny, Puchta, Arndts a. a. O.), die Analogie der §§. 967 und 982 b. G. B. und den Umſtand, daß im Falle des §. 351 die Verſäumung der Klage den Untergang des Beſitzes nach ſich zieht.

Digitized by Google

sualische Fallfrist sei. Die Frage ist von praktischer Bedeutung. Wäre die Frist eine Verjährungsfrist, so wären die Grundsätze über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung (§. 1494—1497) auf sie anzuwenden, ihr Ablauf dürfte nicht von Amtswegen, sondern nur auf Einwendung des Gegentheils berücksichtigt worden (§. 1501), und sie könnte ihren Ausgang auch an einem Sonn- oder Feiertage finden. Bei Proceßfristen gilt in allen diesen Punkten das Gegentheil. Nach richtiger (auch in der Praxis vertretener)[9]) Ansicht ist die Frist als processuale Fallfrist anzusehen; dafür spricht, daß das Gesetz schlechthin (ohne Unterschied, ob Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe vorhanden sind oder nicht) nach Ablauf der Frist die Klage als erloschen erklärt, ein Beweis, daß es eine Verjährung nicht im Sinne hatte. Der Richter hat also auf die Frist von Amtswegen Rücksicht zu nehmen, doch muß die Thatsache, daß dieselbe versäumt ist, vom Beklagten erwiesen werden, d. i. dieser muß beweisen, daß dem Kläger die Besitzverletzung früher als 30 Tage vor Anbringung der Klage bekannt war[10]), und darauf seine Einwendung der Klagsverspätung gründen. Gleichgiltig aber ist es, ob dem Kläger die Störung unmittelbar (ihm selbst), oder ob sie seinem zur Hintanhaltung solcher Störungen bestellten Vertreter (z. B. seinem Gutsverwalter) bekannt wurde.[11])

Die Verspätung der Besitzstörungsklage hat die Wirkung, daß der durch den Störungsact gewonnene gegnerische Besitz von nun an durch eine Besitzesklage nicht mehr angefochten werden kann; bei jenen Fällen des Rechtsbesitzes insbesondere, welche nicht die Detention einer Sache voraussetzen (wie z. B. beim Besitz des Wege- oder Weiderechtes, des Rechtes, einen Bau zu hindern u. s. w.), erscheint nun die Wiederholung jener Handlung, die früher eine Besitzverletzung enthielt, nicht als neuerliche Besitzverletzung, sondern als ruhige Besitzausübung, und vielmehr deren Verhinderung als eine Besitzverletzung[12]), daher diese Wiederholung nur noch im petitorischen Wege bekämpft werden kann.[13]) Der Entschädigungs-

9) S. insbes. Jud. Bnch Nr. 38, wonach, wenn das Ende der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, die Schrift auch noch am nächstfolgenden Wochentag eingebracht werden kann.

10) So Entsch. G. H. 1864 Nr. 39, 1865 Nr. 103, 104; G. Z. 1874 Nr. 94 [= Sammlung IV. Nr. 1771, V. Nr. 2289; die Entsch. v. 1874 nicht enthalten in den Sammlungen]. Doch ist die Praxis oft anderer Ansicht: Entsch. G. Z. 1856 Nr. 21 [= Sammlung I. Nr. 139], G. H. 1860 Nr. 48 [Entsch. d. II. Instanz], 1867 Nr. 6 [= Samml. V. Nr. 2336].

11) Entsch. G. Z. 1860 Nr. 2 [= Samml. II. Nr. 601], G. H. 1870 Nr. 51 [Entsch. d. II. Instanz], 79 [nicht in den Samml.].

12) Vorausgesetzt, daß man sich durch den Eingriff wirklich schon den Besitz verschafft hat, widrigens eine weitere Besitzausübung des gestörten Theils nicht als Besitzverletzung angesehen werden kann. Vgl. Entsch. G. H. 1866 Nr. 14 [= Sammlung V. Nr. 2237].

13) Entsch. G. Z. 1859 Nr. 13, G. H. 1866 Nr. 18, G. Z. 1867 Nr. 101, 1869 Nr. 85 [= Sammlung II. Nr. 644, V. Nr. 2145, VI. Nr. 2889, VII. Nr. 3452]. Doch ist in der Praxis auch die Ansicht vertreten, daß die Besitzklage nach Ablauf der 30tägigen Frist noch immer zulässig sei und nur die Wohlthat des summarischen Verfahrens verloren gehe. Entsch. in der Preßb. Zeitschr. V. Nr. 39, Sammlung I. Nr. 139, G. Z. 1870 Nr. 84 [= Samml. VIII. Nr. 3729].

Digitized by Google

anspruch jedoch (§§. 339, 346) wird durch den Untergang der Besitzklage nicht berührt.[14])

§. 187. Wirkung des possessorischen Erkenntnisses.

Durch das im possessorischen Streite erfließende Erkenntniß kann nur der Geklagte verurtheilt oder der Kläger abgewiesen, nicht aber auch der letztere verurtheilt werden, den, wenn auch unechten, Besitz dem Geklagten abzutreten[1]); die Duplicität der römischen Interdicte ist in das österreichische Recht eben nicht übergegangen[2]); der Beklagte muß daher, wenn er sich den beim Kläger befindlichen Besitz verschaffen will, entweder mit einer petitorischen Klage, oder wenn die 30tägige Frist noch nicht verstrichen ist, auch seinerseits mit einer Besitzklage auftreten.

Mit dem possessorischen Erkenntniß wird übrigens nur über die Frage des einstweiligen Besitzes entschieden; die Frage nach dem Rechte im petitorischen Wege auszutragen bleibt noch immer dem einen wie dem anderen Theile vorbehalten (§. 347).[3]) Der petitorische Weg ist auch der einzige, der dem Sachfälligen oder demjenigen, der die zur Anbringung der Besitzstörungsklage bestimmte 30tägige Frist versäumt hat, noch offen bleibt; das österreichische Recht kennt nämlich jenes Mittelding zwischen possessorischen und petitorischen Klagen, dessen Existenz von einigen gemeinrechtlichen und österreichischen Juristen[4]) behauptet wird, nicht; die ordentliche Besitzesklage

---

14) D. h. er kann als Nebenanspruch (§. 913) nicht mehr selbständig mit der Besitzesklage geltend gemacht werden, wohl aber mit der petitorischen Klage (§. 379). Wurde die Besitzstörungsklage rechtzeitig angebracht, so ist die besondere Entschädigungsklage nicht an die 30tägige Frist gebunden, sondern kann innerhalb der für sie bestehenden Verjährungsfrist (§. 1489) angebracht werden, das Verfahren ist aber nicht summarisch; §. 5 d. kaiserl. Verordnung vom 27. Octob. 1849. Nach röm. Recht verjährt mit dem Interdict auch der Schadenersatzanspruch, es wäre denn, der Besitzstörer oder Dejicient hätte sich mit dem Schaden seines Gegners bereichert (Savigny S. 492, 545).

1) Anders nach röm. Recht wegen der Duplicität der possessorischen Interdicte: Savigny S. 481 f., 491 f. Vangerow I. S. 768, Puchta §. 133.

2) Doch läßt sich auch für das österr. Recht in zwei Fällen (in einem gewissen Sinne) die Duplicität behaupten: 1) bei der sog. Aufforderungsklage; wird ihr die Einwendung des Besitzes entgegengestellt, so liegt, wenn diese begründet gefunden wird, in dem richterlichen Erkenntniß nicht nur die Verneinung des Klagebegehrens, sondern auch die Anerkennung des Besitzes des Beklagten. |2) Im possessorium summariissimum (wenn man die einstweiligen Vorkehrungen des §. 347 noch mit diesem Namen bezeichnen darf) steht es kraft des da geltenden freien Ermessens (§. 10 kaiserl. Verordnung v. 27. Okt. 1849) dem Richter frei, entweder demjenigen, der die provisorische Vorkehrung verlangt oder seinem Gegner den einstweiligen Besitz anzuvertrauen.

3) Weil durch das possessorische Erkenntniß der petitorische Streit nur vorbereitet wird, ist das erstere weder intabulirbar, noch pränotationsfähig. Hofd. 1. Juni 1835 Nr. 51 J. G. S. Aussez Landt. u. G. B. O. §. 185, Klepsch S. 50.

4) Einige derselben sind genannt Grundriß §. 185 Note 1. Vgl. auch die auf den „stärkeren Besitz" (nicht auf §§. 372, 373 b. G. B.) gebaute Entsch. G. Z. 1867 Nr. 56 [= Sammlung V. Nr. 2665].

Digitized by Google

(possessorium ordinarium), worauf §. 2 der kais. V. v. 27. October 1849 hinweist, ist nichts anderes, als die publicianische Klage (§§. 851, 853).[5])

Als besondere Wirkung des zu Gunsten des Klägers lautenden Erkenntnisses über die Klage wegen entzogenen Besitzes muß hervorgehoben werden, daß der mittlerweile verloren gewesene Besitz als ein ununterbrochener angesehen wird, was namentlich für die Frage der Ersitzung von Bedeutung ist (§. 1460). Denn nach §. 351 wird der Rechtsbesitz erst durch die Unterlassung der Klage verloren, durch deren Anstellung also erhalten; und die M. R. zu §. 344 bezeichnet die Besitzklagen als Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes.[6])

Als die hauptsächlichste privatrechtliche Wirkung des possessorischen Erkenntnisses ist aber die Regulirung des Besitzstandes für den petitorischen Rechtsstreit zu betrachten, indem in diesem derjenige, der im possessorischen Proceß als Besitzer erkannt worden ist, die Rolle des Beklagten hat. Daraus folgt, daß, wenn Jemand als Besitzer einer Reallast oder eines sonstigen „bejahenden Rechtes" erkannt worden ist, nun der Schuldner petitorisch auf Anerkennung der Nichtexistenz der Schuld klagen muß (actio negatoria utilis), während sonst immer der Schuldner der Beklagte ist.[7])

---

5) Unger II. S. 366 Note 2, ferner Aufsatz in G. Z. 1856 Nr. 138. Am klarsten spricht §. 851 b. G. B., welcher mit Berufung auf §. 347 i. f. demjenigen, welcher im possessorischen Streit („letzter Besitzstand") sachfällig geworden ist, nur noch die Klage aus dem „Besitzrechte" (§. 372) und dem Eigenthum (§. 369) vorbehält; auch der Eingang der kais. V. v. 27. October 1849 („bei Grenzstreitigkeiten") beweist, daß der durch sie geschützte Besitz mit dem „letzten Besitzstand" des §. 851 identisch ist. — In der publicianischen Klage wird ja auch in der That nur (qualificirter) Besitz geltend gemacht, obwohl sie petitorisch ist. Daß es das im Text abgelehnte Mittelding nicht gibt, nimmt auch jene (unrichtige) Praxis an, welche durch den Ablauf der 30tägigen Frist nur die Wohlthat des summarischen Verfahrens verloren gehen läßt. (Oben §. 186 Note 13.)

6) Anders die röm. interd. recup. poss. Savigny S. 537. — Die Ansichten der österr. Juristen sind getheilt; insbes. nimmt Randa Besitz §§. 13, 22, 32 Note 4, §. 35 an, daß die Bestimmung des §. 351 eine singuläre, nicht auszudehnende sei; über diese verschiedenen Ansichten vgl. Zródłowski Unters. S. 53—65.

7) Wird im petitorischen Proceß ein Besitz für unberechtigt erkannt, dessenungeachtet aber auch noch nach dem Urtheil fortgesetzt, so genießt er gegen Störungen des Gegners keinen weiteren Schutz. Entsch. G. Z. 1868 Nr. 13 [= Sammlung VI. Nr. 2912].

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google